



**KLAGANDE**

Västra Götalandsregionen, 232100-0131  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

Ombud: Regionjurist Roy Svensson  
samma adress

**MOTPARTER**

1. Phonak AB, 556441-3762  
Box 47211  
100 74 Stockholm

2. Unitron Hearing AB, 556739-7624  
Box 47211  
100 74 Stockholm

Ombud för 1 och 2:  
Advokat Ulf Hökeberg och jur.kand. Victoria von Uexküll  
Advokatfirman Fylgia KB  
Box 55555  
102 04 Stockholm

3. Oticon AB, 556044-3185  
Box 2108  
103 13 Stockholm

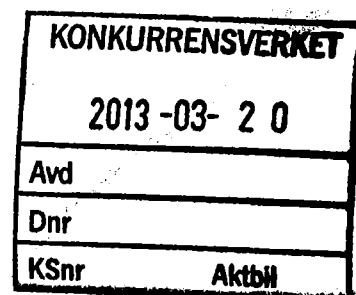
Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Nike Berlin  
Hamilton Advokatbyrå KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 28 augusti 2012 i mål nr  
6804-12, 6806-12 och 6847-12, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling



## KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

---

### YRKANDEN M.M.

Västra Götalandsregionen yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår ansökan om överprövning. Regionen anför följande. Regionen har inte brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och sökandebolagen har då inte heller lidit någon skada.

Regionen utför kontinuerligt marknadsanalyser och har en fortlöpande dialog med leverantörskollektivet för att följa utvecklingen av hörhjälpmedel. Trots den kunskap om lösningar, teknik och marknad som regionen har, är det komplicerat att upphandla hörhjälpmedel. Det har visat sig omöjligt att ta fram en kravspecifikation som kan definiera prestanda- eller funktionskrav och den lösning som bäst tillgodoser dessa krav. Erfarenheten visar på svårigheten att få den senaste tekniken på marknaden. Detta kan bero på att potentiella leverantörer dels lanserar produkter i olika tekniska nivåer vid varierande tidpunkter, dels tycks tillhandahålla ett visst sortiment till regionen och ett annat sortiment till den privata marknaden.

Genom den konkurrenspräglade dialogen har regionen nått målet att få tillgång till de senaste tekniska lösningarna på ett sätt som tidigare inte varit möjligt. Till följd av att regionens krav var noga genomgångna i förväg var anbudsgivarna väl förtrogna med förfrågningsunderlaget och kompletterande frågor från deras sida krävdes inte. Detta visar sammantaget att det valda förfarandet fungerade på det sätt som regionen avsett.

Det förhållandet att upphandlingen av hörhjälpmedel inte kan anses likvärdig med de exempel som anges i förarbetena kan inte tas till intäkt för att

förfarandet konkurrenspräglad dialog inte får användas. En så strikt tolkning som motparterna hävdar kan knappast ha varit avsikten vid införandet av förfarandet.

**Phonak AB och Unitron Hearing AB** anser att överklagandet ska avslås och yrkar för egen del att målen, vid bifall, återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av övriga grunder för ansökan om överprövning, som förvaltningsrätten inte prövat. Phonak och Unitron anför följande.

Konkurrenspräglad dialog är ett undantagsförfarande som får tillämpas endast under vissa särskilda förutsättningar. Av förarbetena framgår att det inte är den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning om sin förmåga att genomföra en öppen eller selektiv upphandling som är avgörande för bedömningen av om förfarandet får användas. Upphandlingen av hörapparater sker relativt frekvent bland vårdgivande myndigheter. Under år 2010 ordinerades ca 22 000 hörapparater i regionens ansvarsområde. Det är inte fråga om att den anbudsgivare som ingår kontrakt ska tillhandahålla några just för regionen specifika varor jämfört med övriga marknaden och det krävs inte utveckling av ny teknik för att särskilt tillgodose behovet. Regionen borde objektivt sett vara väl informerad om utbudet och kraven på marknaden för hörapparater.

Flera andra regioner och landsting genomför upphandlingar av hörapparater med tillämpning av öppet förfarande. Inför dessa förfaranden har marknadsundersökningar genomförts och därefter har en kravspecifikation utformats som tydliggör för anbudsgivarna vad som efterfrågas. Det är alltså fullt möjligt att genomföra en upphandling av hörapparater med tillämpning av ett öppet förfarande. Från den 15 juli 2010 och framåt har 427 upphandlingar av sådana varor publicerats under öppet alternativt selektivt förfarande i databasen Tenders Electronic Daily (TED), där alla upphandlingsförfaranden över vissa tröskelvärden inom EU annonseras. Regionens nu prövade upphandling är den enda som publicerats under konkurrenspräglad

dialog och den uppfyller inte förutsättningarna för att få tillämpa sådant upphandlingsförfarande.

**Oticon AB** anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Regionen har tillämpat upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog i strid med LOU. Det är ett undantagsförfarande som får tillämpas endast om det är fråga om särskilt komplicerade kontrakt och om ett öppet eller selektivt förfarande inte kan tillämpas. Båda förutsättningarna måste vara uppfyllda och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förfarandet får användas.

Oavsett om regionen hade tillämpat förhandlat, öppet eller selektivt förfarande hade det inte funnits några hinder att genomföra en förstudie eller marknadsanalys och där ha diskuterat olika lösningar med leverantörerna. En sådan analys är ett viktigt verktyg för att på ett tidigt stadium få en fördjupad förståelse för och klargöra vilka prestanda- eller funktionskrav som kan tillgodose myndighetens behov eller vilka begrepp som marknadsaktörerna använder. Efter att ha genomfört ett sådant förarbete hade det varit objektivt fullt möjligt att utarbeta ett fullgott förfrågningsunderlag.

Upphandlingen avser inte några för regionen specialanpassade produkter, utan produkter som redan finns på marknaden. Avsikten att få ta del av den senaste tekniken kan inte heller anses utgöra skäl att använda konkurrenspräglad dialog.

Kammarrätten har hållit muntlig förhandling.

#### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Regionen har genomfört en upphandling av hörhjälpmedel med förfarandet konkurrenspräglad dialog och efter ansökan om överprövning från motpartsbolagen velat leda i bevis att förfarandet varit nödvändigt för att uppnå

ett önskat resultat. Regionen har hävdade att den nu prövade upphandlingen har skett inom ett område med snabb teknisk utveckling och att det varit fråga om mycket komplicerade medicinska produkter. Regionen har framhållit att det genomförda förfarandet motsvarat alla förväntningar genom att tilldelning kunnat ske till de leverantörer som erbjudit produkter med den senaste tekniken.

Regionen har vidare gjort gällande att tidigare upphandlingar av hörhjälpmedel som genomförts med öppet förfarande haft klara nackdelar genom att anbudsgivarna dels ställt ett stort antal frågor under förfarandet, dels offereerat produkter som visat sig inte motsvara ställda krav. Regionen har också pekat på svårigheter att få till stånd likalydande begreppsförklaringar och enhetliga standards för efterfrågade produkter.

Motpartsbolagen har å sin sida främst invänt att det inom EU sedan upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog infördes, genomförts ett stort antal upphandlingar inom produktområdet hörhjälpmedel, och att samtliga utom den nu aktuella upphandlingen genomförts genom öppet eller selektivt förfarande.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör sitt behov av en vara eller tjänst och som själv bestämmer de närmare förutsättningarna för vad som ska upphandlas. Den upphandlande myndigheten kan som förberedelse inför en upphandling genomföra marknadsanalyser, förstudier eller dialoger med potentiella leverantörer inom det aktuella området. Det ankommer därefter på den upphandlande myndigheten att i förfrågningsunderlaget närmare precisera vilka krav varan eller tjänsten ska uppfylla. Myndigheten definierar då relevanta begrepp och i förekommande fall tekniska prestanda för en produkt och har möjlighet att ställa krav på exempelvis den senaste tekniken eller att efterfrågad vara inte får vara äldre än vad som särskilt anges.

Upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog har införts som ett alternativt förfarande att kunna tillämpas i undantagsfall. Lagstiftarens syfte har varit att erbjuda ett annat förfarande för särskilt komplicerade kontrakt. Bedömningen av om ett kontrakt är att anse som särskilt komplicerat ska göras på objektiva grunder. I förarbetena till bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog nämns exempel på sådana kontrakt, nämligen större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga upplägg inte kan fastställas i förväg. Bedömningen av svårighetsgraden beror bland annat på om den upphandlande myndigheten söker lösningar som kräver utveckling av ny och för myndigheten okänd teknik. Förfarandet får användas om det inte rimligen kan begäras att en myndighet ska kunna definiera de prestanda- och funktionskrav som kan tillgodose dess behov eller med vilka dess mål kan uppnås. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det funnits skäl att i det enskilda fallet tillämpa undantagsförfarandet.

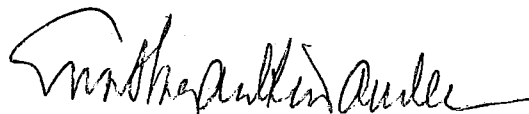
Av utredningen framgår att upphandling av hörhjälpmedel fortlöpande genomförs av regioner, landsting och andra motsvarande upphandlande myndigheter inom EU. Genomgående används öppna eller selektiva förfaranden. Ett mycket stort antal hörhjälpmedel tillhandahålls av vårdgivande myndigheter. Utbudet av aktuella produkter torde vara väl känt för upphandlande myndigheter och prestanda- och funktionskrav måste kunna anges med erforderlig exakthet utifrån marknadskänningen. Även om upphandlingsföremålet är av komplicerad teknisk art och utgörs av produkter som går igenom en snabb teknisk utveckling, kan det mot den angivna bakgrunden inte rimligen uppfylla förutsättningarna för att få upphandlas med undantagsförfarandet konkurrenspräglad dialog. Som förvaltningsrätten konstaterat har regionen genom att använda detta förfarande i det här fallet brutit mot bestämmelserna i LOU, vilket lett till åtminstone risk för

skada för motpartsbolagen. Förvaltningsrättens förordnande att upphandlingen ska göras om ska därför stå fast.

---

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

  
Birgitta Pettersson

  
Ewa Hagard Linander  
referent ✓

  
Malin Albertsson

  
/Emelie Herou



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**  
2012-08-28  
Meddelad i  
Göteborg

*Bilaga A*  
*Ab 15*  
Mål nr  
6804-12 E  
6806-12 E  
6847-12 E  
Enhet 1:2

Sida 1 (15)

### **SÖKANDE**

1. Phonak AB, 556441-3762  
Box 47211  
100 74 Stockholm

2. Unitron Hearing AB, 556739-7624  
Box 47211  
100 74 Stockholm

Ombud för båda: Advokat Ulf Hökeberg och jur. kand. Victoria von  
Uexküll  
Advokatfirman Fylgia KB  
Box 55555  
102 04 Stockholm

3. Oticon AB, 556044-3185  
Box 2108  
103 13 Stockholm

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Nike Berlin  
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB  
Box 715  
101 33 Stockholm

### **MOTPART**

Västra Götalandsregionen  
462 80 Vänersborg

### **SAKEN**

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

---

### **DOMSLUT**

Förvaltningsrätten beslutar att Västra Götalandsregionens upphandling SN406-2011 avseende hörhjälpmedel - hörapparater inklusive tillbehör och reservdelar ska göras om.

Dok.Id 160589

**Postadress**  
Box 53197  
400 15 Göteborg

**Besöksadress**  
Sten Sturegatan 14

**Telefon**  
031 - 732 70 00  
**E-post:** forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

**Telefax**  
031 - 711 78 59

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00



## BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling avseende hörhjälpmedel - hörapparater inklusive tillbehör och reservdelar, diarie-nummer SN406-2011. Upphandlingen har genomförts som en konkurrenspräglad dialog. Av tilldelningsbeslut den 14 maj 2012 framgår att GN Re-Sound AB (GN), Siemens Høreapparater A/S (Siemens) samt AB Widex (Widex) har antagits som leverantörer i upphandlingen.

## YRKANDEN M.M.

### *Phonak AB och Unitron Hearing AB*

Phonak AB (Phonak) och Unitron Hearing AB (Unitron) begär överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande. I första hand yrkar Phonak och Unitron att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering genomförs, varvid anbuderna från Siemens och GN inte får prövas och i andra hand att upphandlingen ska göras om med tillämpning av öppet eller selektivt förfarande.

Upphandlingen bryter mot LOU och direktiv 2004/17/EG om offentlig upphandling, särskilt mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som styr offentlig upphandling; principerna om likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och icke-diskriminering, som dessa kommit till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen har genomförts genom konkurrenspräglad dialog. Varken av inbjudan eller av det beskrivande dokumentet framgår skälen till varför detta förfarande valts.

Upphandlingen har felaktigt tilldelat Siemens kontrakt, trots att Siemens anbud inte uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda obligatoriska s.k. skall-krav. Siemens har inte till anbudet fogat prislista över reservdelar tillhörande övrigt sortiment, trots att det av förfrågningsunderlaget framgår

att separat prislista på övrigt sortiment ska bifogas. Bifogande av separat prislista för hörapparater, tillbehör och reservdelar är således ett obligatoriskt s.k. skall-krav. VGR har därmed brutit i sin utvärdering och därigenom brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Det kan aldrig anses oproportionerligt att utesluta en anbudsgivare pga. att denne inte uppfyller uppställda skall-krav. Det är tvärtom en förutsättning för att garantera att upphandlingen genomförs i enlighet med de grundläggande principerna.

GN:s anbud har felaktigt antagits, trots att GN:s anbud inte uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda obligatoriska s.k. skall-krav. VGR:s mål med upphandlingen var bl.a. att få ett sortiment som inkluderar de senaste tekniska lösningarna. Anbudsgivarna skulle offerera avancerad signalbehandling från senaste plattformen på högsta nivå inom respektive behovsområde. GN:s samtliga offererade hörapparater är av märket Belton True. Av GN:s egna hemsida framgår dock att bolagets s.k. "first brand", dvs. främsta märke, är ReSound Alera. Av beskrivningen framgår bl.a. att ReSound Alera är "(...) det senaste marknaden kan erbjuda, den senaste hörapparattekniken och den mest revolutionerande lösningen för att kommunicera trådlöst med annan teknik i hemmet som TVn och mobiltelefonen". GN offererade emellertid inte ReSound Alera, utan valde i stället att offerera den billigare Belton True. GN:s anbud uppfyller således inte skallkravet.

Anbudsgivaren skulle vidare offerera hörapparater i olika modeller för att motsvara VGR:s skilda behovsområden. En av modellerna som skulle offereras är en hörapparat placerad bakom örat med utnivå på minst 140 dB SPL. Av GN:s anbud framgår att GN för behovet offererat hörapparaten Beltron True 1778 HPG. För att bl.a. styrka att den offererade hörapparaten uppfyllde det uppställda skall-kravet om en utnivå om minst 140 dB SPL ingav GN ett datablad som utvisade mätnivåer för hörapparaten. Produkten

på databladet benämns Belton True 78DW HPG, men ska dock vara samma produkt. Av det datablad som ingivits framgår visserligen i text att produkten skulle ha en maximal utnivå om 140 dB SPL, men Maximum Output-grafen under tabellen som anger siffervärde (OSPL 90-kurva) på samma datablad visar en exakt uppmätt utnivå om endast 139 dB SPL. Detta bekräftas även av motsvarande datablad från GN:s spanska hemsida. Av det senare framgår i text att maximal utnivå är 139 dB SPL. Det finns inget förbehåll i förfrågningsunderlaget om att det accepteras en felmarginal för denna hörapparat. En sådan oklar formulering skulle strida mot principen om förutsebarhet och transparens. Det är oklart vilken bestämmelse i IEC 60118-0 som medger en felmarginal om +/- 1,5 dB.

Phonak och Unitron har efter tilldelningsbeslut begärt att få ta del av protokoll eller motsvarande dokumentation från VGR:s dialogmöten med bl.a. GN. VGR har dock konsekvent vägrat att utlämna detta och hänvisar till att de anteckningar som har gjorts endast är "individuella minnesanteckningar och att dessa inte publiceras".

De felaktigheter som förekommit under upphandlingen är av sådan art och omfattning att förfarandet är oförenligt med gällande upphandlingslagstiftning. Phonak och Unitron riskerar att lida skada genom de felaktigheter som förekommit vid upphandlingen. Till stöd för sin talan har Phonak och Unitron bl.a. gett in utskrifter avseende ReSound Alera från GN:s hemsida och datablad avseende GN:s offererade hörapparat med benämning 78DW HPG.

*Oticon AB*

Oticon AB (Oticon) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Oticon anför i huvudsak följande.

VGR har genomfört en konkurrenspräglad dialog trots att förutsättningar för detta saknas. VGR:s tillämpning av konkurrenspräglad dialog strider således mot 4 kap. 10 och 11 §§ LOU. Förfarandet konkurrenspräglad dialog utgör ett undantag från huvudregeln i LOU, nämligen att öppen eller selektiv upphandling normalt ska tillämpas. Det ankommer därför på VGR att visa att samtliga förutsättningar för att använda förfarandet är uppfyllda. VGR har tidigare genomfört ett flertal upphandlingar av hörapparater och det rör sig inte om utveckling av ny och för VGR okänd teknik. VGR förfogar redan innan upphandlingen över sådan kompetens som krävs för att kunna "få förståelse för olika begrepp och dess innebörd". Upphandlingen av hörselteknisk utrustning är inte så tekniskt komplicerad att det krävs dialoger med marknadsaktörer inom ramen för en konkurrenspräglad dialog. Tillvaratagande av ny teknik motiverar inte i sig konkurrenspräglad dialog. Det måste vara fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt i den mening som avses i 4 kap. 11 § LOU. Principer för utvärderings- och avropsmodell är vidare sådant som ankommer på VGR som upphandlande myndighet att bestämma och detta hade mycket väl kunnat beskrivas i ett förfrågningsunderlag utan en konkurrenspräglad dialog. Att reda ut "eventuella oklarheter" hade slutligen kunnat ske enligt ett sedvanligt skriftligt förfarande med frågor och svar i upphandlingen. Det kan även noteras att dialogerna i upphandlingen inte dokumenterats och det framgår inte vilken sorts lösningar för upphandlingen som VGR anser sig funnit genom dessa. Vidare kan det ifrågasättas om dialogerna varit ägnade att fylla det syfte som anges i 4 kap. 13 § LOU, nämligen att "identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses". Det är i målet inte fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt, utan om en varuupphandling vars förutsättningar hade kunnat dras upp genom en förstudie och genomföras som antingen öppet eller selektivt förfarande enligt 4 kap. LOU.

Avropsmodellen i upphandlingen bygger avseende hälften av uppskattad totalvolym på en förutbestämd volymfördelning mellan tre leverantörer, vilket innebär att avrop inte kommer att ske från det bästa anbudet på det sätt som LOU kräver. Vidare saknar avropsmodellen för resterande del av uppskattad totalvolym helt fastställd rangordning och avrop i denna del baseras på skönsmässiga grunder. Avropsmodellen möjliggör dessutom ändringar avseende rangordning under avtalstiden. Hälso- och sjukvårdslagstiftningen hindrar inte VGR att ha en fastslagen rangordning i ramavtalet. En fastlagd rangordning kan dessutom kombineras med en möjlighet att i vissa särskilda fall frångå sagda rangordning. VGR har valt en avropsmodell som inte följer den rangordning av anbud som VGR har angett i tilldelningsbeslutet. Oavsett om villkoren för tilldelning i ramavtalet utgörs av en rangordning eller en annan fördelningsnyckel måste villkoren säkra att tilldelningen sker på ett objektivt sätt. Huruvida det över huvud taget är möjligt att med stöd av LOU frångå en fastställd rangordning i ramavtal avseende varor synes vidare vara oklart. En volymfördelning som den aktuella i det här målet har över huvud taget inte stöd i förarbetena till LOU. Den säkrar inte att samtliga kontrakt tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget. De kriterier som utgör grund för tilldelning av resterande volym framgår inte av dokumentationen i upphandlingen. Det framgår inte heller vilka andra kriterier som ska bedömas, vad VGR tillmäter betydelse och vad som ger mervärde vid en kommande prövning. Avropsmodellen strider således mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, 1 kap. 9 § LOU, 5 kap. 2 § andra stycket LOU och 5 kap. 6 § andra stycket LOU. Dessa principer gäller även för upphandlingar som genomförts som konkurrenspräglad dialog.

Kravspecifikationens skall-krav innebärande att anbudsgivare ska ”offerera hörapparater med avancerad signalbehandling från senaste plattformen på högsta nivå” strider mot likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprinci-

pen och 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget saknar definition av begreppet "högsta nivå" genom t.ex. ett fastställande av en lägsta godtagbar standard för respektive behovsområde och produkt. Eftersom varje leverantör har unika förutsättningar och det därmed inte finns någon objektiv "högsta nivå", har Oticon tolkat nivåkravet som att varje anbudsgivare måste offerera högsta kvalitetsnivån för varje specifik produkt som respektive anbudsgivare har i sitt sortiment av hörapparater. Oticon har i sitt sortiment av hörapparater tre nivåer och Oticon har offererat sina produkter på den högsta kvalitetsnivån. VGR kan på ett objektivt sätt inte kontrollera huruvida anbudsgivarnas samtliga offererade produkter i upphandlingen uppfyller nivåkravet. Inte någonstans i förfrågningsunderlaget, kravspecifikationen eller övriga dokument i upphandlingen anges att VGR avser att ens försöka kontrollera huruvida anbudsgivarna uppfyller nivåkravet. Eftersom Oticon har offererat premium-produkter för att uppfylla nivåkravet har Oticon tvingats lämna ett högt anbudspris. Nivåkravet har således haft stor påverkan på prissättningen i anbudet.

Oticon har lidit skada i den mening som avses i LOU, eftersom Oticon vid en korrekt genomförd upphandling hade avgett anbud grundat på andra förutsättningar och därvid kunnat antas som leverantör i upphandlingen.

#### *Västra Götalandsregionen*

VGR bestrider Phonaks, Unitrons och Oticons (bolagen) ansökningar och anför i huvudsak följande. VGR har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag, varför bolagen inte kan anses ha lidit eller kan komma att lida sådan skada som avses i LOU.

Konkurrenspräglad dialog avses vara ett flexibelt förfarande för särskilt komplicerade kontrakt och innehåller inslag från selektivt och förhandlat förfarande. VGR har mot bakgrund av bl.a. detta valt den aktuella upp-

handlingsformen. Teknikutvecklingen inom området för hörapparater är för övrigt mycket snabb (tekniksprången är inom intervallen 12 – 18 månader). Det har inte varit möjligt att på förhand utforma ett fullständigt och specificerat förfrågningsunderlag där samtliga tekniska förutsättningar för upphandlingen har kunnat formuleras. Detta bl.a. då VGR:s mål med upphandlingen består i att få ett sortiment med de senaste tekniska lösningarna. Den konkurrenspräglade dialogen gör att VGR kan tillvarata ny teknik och är väl lämpad inom hörselområdet. VGR:s kontrakt är således särskilt komplicerat i enlighet med vad som anges i 4 kap. 10 och 11 §§ LOU.

Det är i och för sig riktigt att någon bilaga angående reservdelar till offererat sortiment inte har inkommit från Siemens. Det har emellertid aldrig varit något krav från VGR att pris ska anges på reservdelar. Pris ska enligt förfrågningsunderlaget anges på offererade produkter. Av det sagda följer även att en lista på reservdelar inte på något sätt påverkar utvärderingen av anbudet. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att förutom pris (på de offererade produkterna) utvärderas kvalitet inom fyra områden; krav hörapparater, krav programvara, krav programmering och krav effektiv anpassning. Avsaknad av en lista för reservdelar har således inte någon betydelse för vare sig utvärderingskriteriet pris eller kvalitet. I de administrativa föreskrifterna anges att anbudsgivare som inte följer föreskrifterna *riskerar* att få anbudet förkastat. Det hade varit oproportionerligt att utesluta en anbudsgivare på den grunden att någon lista på reservdelar inte hade bifogats anbudet. För den händelse förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat i denna del är det i vart fall inte fråga om brister av sådan art eller omfattning att någon av de EU-rättsliga principerna har trätts för när (jfr RÅ 2009 ref. 50).

När det gäller påståendet att GN inte offererat produkter på högsta nivå inom respektive område har VGR utgått ifrån att av anbudsgivare lämnade uppgifter är riktiga såvida det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifter-

na. VGR ser inte heller nu något skäl att ifrågasätta lämnade uppgifter. Hörapparaterna ReSound och Belton skiljer sig endast åt vad gäller design och marknadsföring. Samma höga krav på tekniska lösningar avseende signalbehandling och trådlös ljudöverföring används eftersom det sitter samma chip i båda produkterna. Enligt VGR uppfyller GN gällande skallkrav. När det gäller kravet på en utnivå på minst 140 dB SPL avseende en hörapparatsmodell får det, i enlighet med den standard (IEC 60118-0) som VGR hänvisar till i kravspecifikationen, finnas en felmarginal vid mätningar om +/- 1,5 dB. GN:s offererade produkt har således uppfyllt skallkravet i denna del.

VGR har valt en annan fördelningsnyckel än rangordning, vilket framgår av såväl förfrågningsunderlag som avtalsinnehåll. För att tillgodose anbudsgivare/leverantörers krav på ett visst mått av förutsägbarhet så att dessa kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ramavtalet har VGR tilldelat/garanterat de anbudsgivare som lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden en bestämd volym. Eftersom hörselhabiliterings- och hörselrehabiliteringsprocessen i högsta grad är individuell skulle vårdrelationen uppenbart försämrats om det bara fanns ett möjligt alternativ för audionomen att använda sig av. Det är inte möjligt för VGR, utan att bryta mot hälso- och sjukvårdslagstiftningen, att säga till en vårdbehövande med ett särskilt behov att VGR endast kan erbjuda ett för individen olämpligt alternativ eller ett alternativ som medför betydande olägenheter eftersom VGR har att följa en rangordning. VGR har med anledning härav i förfrågningsunderlaget angivit vilka kriterier som resterande volym kommer att avropas utifrån. Dessa kriterier är öppet redovisade och är lika för alla. Det är således inte fråga om någon skönsmässig bedömning. VGR har således inte heller i denna del brutit mot någon av de grundläggande EU-rättsliga principerna.



Vad gäller kravet "från senaste plattform på högsta nivå" har VGR som mål med upphandlingen att få ett sortiment som inkluderar de senaste tekniska lösningarna. För att få detta sortiment har VGR valt upphandlingsformen konkurrenspräglad dialog. VGR har således inte haft möjlighet att åberopa några standarder eller prestanda eller funktionskrav för att nå målet. VGR har inte heller haft förmåga att bedöma vilken eller vilka lösningar som bäst skulle kunna tillgodose VGR:s behov. Att dialogmötet för Oticons del har föranlett att bolaget offererat sin produkt med högsta kvalitetsnivå visar i och för sig på att VGR har valt rätt upphandlingsform. Att Oticon väljer att offerera sin produkt till ett högt pris är emellertid inte något som VGR råder över. Denna för Oticon s.k. "negativa effekt" är för övrigt något som torde vara lika för alla och kan inte betraktas som oproportionerlig.

#### DOMSKÄL

##### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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 (16 kap. 5 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011).

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.

Vid offentlig upphandling ska öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2-9 §§. Kon-

kurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 10-21 §§ (4 kap. 1§ LOU).

En upphandlande myndighet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av ett särskilt komplicerat kontrakt och då öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontraktet. Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat, om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet att den ska kunna definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt (4 kap. 10 och 11 §§ LOU).

I förarbetena till bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog (prop. 2009/10:180 s. 231 f. och 322 f.) anges bl.a. följande. Ett kontrakt anses vara särskilt komplicerat om de upphandlande myndigheterna inte objektivt kan definiera de tekniska medel som kan tillgodose deras behov eller mål eller inte kan objektivt specificera den rättsliga och/eller finansiella utformningen av ett projekt. Ett kontrakt är att anse som särskilt komplicerat om det för en normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat. Det ska således inte enbart vara den aktuella myndighetens uppfattning om vad som är ett särskilt komplicerat kontrakt som är avgörande för om konkurrenspräglad dialog får användas. Denna bedömning ska kunna göras på mer objektiva grunder. Det sagda utesluter dock inte att det eventuellt i praktiken kommer att ställas lägre krav på en liten myndighet utan större resurser än på en större myndighet. Utgångspunkten är dock som angetts att det är kontraktet i sig som ska vara särskilt komplicerat för att konkurrenspräglad dialog ska få användas. Konkurrenspräglad dialog får användas om det inte rimligen kan begäras att en myndighet ska kunna definiera de prestanda- och funktionskrav som kan tillgodose dess behov eller med vilka dess mål kan uppnås. När det gäller frågan vad som är särskilt komplicerade kontrakt är utgångspunkten

att förfarandet är tänkt för situationer då den upphandlande myndigheten vet vad den önskar uppnå för resultat, men inte kan avgöra hur detta resultat kan uppnås. Exempel på kontrakt som kan vara särskilt komplicerade är större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga upplägg inte kan fastställas i förväg. Detta innebär inte att t.ex. alla kontrakt som avser stora datanät är särskilt komplicerade. Bedömningen av svårighetsgraden beror bl.a. på om den upphandlande myndigheten söker lösningar som kräver utveckling av ny och för myndigheten okänd teknik. Svårighetsgraden får också antas minska med ökande erfarenhet av hanteringen av likartade komplicerade kontrakt. Ett annat exempel på när det kan vara befogat att använda en konkurrenspräglad dialog kan vara att en upphandlande myndighet ska skapa en landförbindelse men inte kan avgöra om detta behov bäst tillgodoses genom en bro eller en tunnel, även om myndigheten kan utarbeta tekniska specifikationer för båda alternativen.

#### *Utredningen i målet*

I ifrågavarande förfrågningsunderlag anges bl.a. följande. Anbudet ska vara VGR tillhanda senast den 25 april 2012. - - - Avtal tecknas med tre leverantörer. Beräknat totalt behov uppgår till 24 500 hörapparater per år. Ungefär 90 procent, dvs. 22 000 hörapparater fördelas mellan antagna leverantörer. Avtalet planeras gälla under perioden den 1 juni 2012 – den 31 maj 2014, med möjlighet till förlängning på maximalt två år. - - - Upphandlingsförfarandet är konkurrenspräglad dialog. Endast anbudsgivare som kvalificerat sig för dialog enligt inbjudan den 17 oktober 2011 erbjuds att lämna slutligt anbud efter avslutad dialog. Anbud ska lämnas på hela åtagandet. - - - Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån kriterierna pris och kvalitet antas. Detta baseras på de viktade kriterierna pris 60 procent och kvalitet 40 procent. Volymfördelning på antagna leverantörer görs med 25 procent för leverantör 1, 15 procent för leverantör 2

och 10 procent för leverantör 3. Resterande volym inom avtalet, 11 000 hörapparater, kommer att fördelas inom avtalet utifrån patientens och verksamhetens behov med hänsyn tagen till produktens genomslagskraft i patientgruppen, uppmätta nyttovärden, antal anmälda avvikelser eller andra kriterier som under avtalstiden visar på brist/förtjänst hos produkten eller leverantören. - - - Av kravspecifikationen till förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Anbudsgivare ska offerera hörapparater med avancerad signalbehandling från senaste plattformen på högsta nivå inom respektive behovsområde. Tillbehör och reservdelar samt extern utrustning ska även offereras.

I inbjudan den 17 oktober 2011 att anmäla intresse för att lämna anbud avseende hörhjälpmedel – hörapparater inklusive support, tillbehör och reservdelar anges bl.a. följande. Målet med upphandlingen är att få ett sortiment av produkter som kan kompensera för alla typer av hörselnedsättningar för personer i alla åldrar med eller utan handhavandestöd, erhålla produkter med avancerad signalbehandling, få ett sortiment som inkluderar de senaste tekniska lösningarna, kunna erbjuda produkter utifrån patienters individuella behov med rehabiliteringsplan och optimal måluppfyllelse, erhålla prisvärd produkt i kombination med effektiv hörapparat Anpassningsprocess, genom kunskapsöverföring ge förskrivande personal bred kompetens om produkternas egenskaper samt få god logistik med bland annat säkra leveranser.

Av beslut och inbjudan till dialogmöte den 29 november 2011 framgår bl.a. följande. Dialogen förs i syfte att identifiera och definiera hur VGR:s behov av hörselapparater bäst kan tillgodoses. Dialogen ska leda fram till att förklara samt få förståelse för olika begrepp och dess innebörd, förklara och förankra principen för utvärderingsmodell, fastställa specifika tekniska produktkrav samt funktionskrav för upphandlingen, fastställa hur produkten ska avropas samt fastställa garantier och övriga krav kring leverans/-

reparation/service och utbildning. Målet efter samtliga dialogmöten är att VGR gör bedömningen att det sannolikt kommer att lämnas attraktiva och godtagbara anbud samt att eventuella oklarheter i de diskuterade diskussionsämnena har retts ut. - - - Dessa syften och mål fastslås även i inbjudan till dialogmöte 2 den 21 december 2011 och inbjudan till dialogmöte 3 den 23 februari 2012.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har även uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

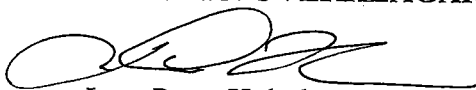
Bolagen har gjort gällande att VGR genom att använda sig av konkurrenspräglad dialog har handlat i strid med bestämmelserna i LOU. En upphandlande myndighet får endast använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av ett särskilt komplicerat kontrakt. Enligt förarbetena är ett

kontrakt att anse som särskilt komplicerat om det för en normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat. I förarbetena räknas även upp olika exempel på kontrakt som kan vara särskilt komplicerade. Förvaltningsrätten konstaterar att det nu aktuella målet inte gäller någon situation som kan anses likvärdig med dessa exempel. Tvärtom handlar det om en upphandling av utrustning som VGR tidigare upphandlat och då utan konkurrenspräglad dialog. Det kan dessutom enligt förvaltningsrättens mening rimligen krävas av en upphandlande myndighet att den ska kunna definiera de prestanda- eller funktionskrav som kan tillgodose myndighetens behov i en upphandling som den förhandenvarande.

För att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att konkurrenspräglad dialog i det aktuella upphandlingsförfarandet strider mot bestämmelserna i lagen. Även om de vinnande bolagen lämnat ett lägre anbudspris än bolagen går det enligt förvaltningsrätten inte att utesluta att utvärderingen gett ett annat resultat om upphandlingsförfarandet gått rätt till. Bolagen kan därför komma att lida skada. Då det är fråga om brister i det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen kan rättelse inte ske.

Redan mot bakgrund av vad som angetts ovan ska upphandlingen därför göras om. Vid denna utgång saknas anledning att ta ställning till vad bolagen i övrigt har anfört gällande förfrågningsunderlaget och upphandlingsförfarandet.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV3109/1B LOU)



Lars-Peter Holmberg

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Simon Isaksson.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.