



LÄNSRÄTTEN I
KRONOBERGS LÄN

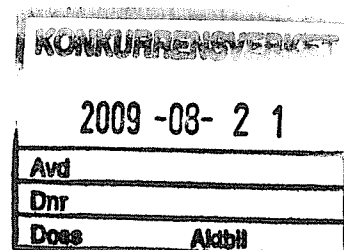
BESLUT
2009-08-20
Meddelat i
Växjö

Mål nr
545-09E
Rotel 3

SÖKANDE

GN ReSound AB, 556510-1986
Box 11034
404 21 Göteborg

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg



MOTPARTER

1. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

2. Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

3. Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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

Landstinget Kronoberg, Landstinget Blekinge och Landstinget Halland (Landstingen) har genomfört en upphandling avseende hörapparater, reservdelar och tillbehör (Dnr B49-08-092). Den 18 februari 2009 beslutade Landstingen att anta de anbud som lämnats av Phonak AB, GN Resound AB och Widex AB.

Oticon AB ansökte om överprövning av Landstingens upphandling (mål nr 251-09). Med anledning härav förordnade länsrätten den 27 februari 2009 att upphandlingen inte fick avslutas i avvaktan på att länsrätten beslutade något annat. Landstingen har därefter den 20 april 2009 beslutat att avbryta upphandlingen.

Dok.Id 40159

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42	Kungsgatan 8	0470-868 00	0470-869 50	måndag – fredag
351 03 Växjö		E-post: lansrattenikronoberg@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

GN ReSound AB yrkar att länsrätten ska upphäva Landstingens beslut att avbryta upphandlingen och anför bl.a. följande. Landstingen har i besluten att avbryta upphandlingen anfört att kravet på att offererade produkter inte ska ha funnits längre än två år på marknaden vid sista anbudsdatum är otydligt utformat och inte går att rätta inom ramen för likabehandlingsprincipen. Landstingen har vidare anfört att det inte går att utesluta att kravet har påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. LOU innehåller inga regler om när en upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en pågående upphandling. Av rättspraxis från EG-domstolen följer emellertid att ett avbrytandebeslut ska vara förenligt med gemenskapsrättsliga regler. De gemenskapsrättsliga regler som ska gälla för all offentlig upphandling är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. För att ett beslut om att avbryta en upphandling ska stå i överensstämmelse med dessa principer krävs som regel att den upphandlande enheten kan anföra sakliga skäl som grund för avbrytandebeslutet. Då en upphandlande enhet väljer att genomföra en offentlig upphandling föreligger således vissa skyldigheter för det fall den upphandlande enheten önskar avbryta upphandlingen. Skälet härför är att det kostar en anbudsgivare betydande belopp och resurser att upprätta ett anbud. Väljer sedan den upphandlande enheten att avbryta upphandlingen innebär det att anbudsgivarnas uppoffringar varit förgäves. Av detta skäl ska det därför rimligtvis ställas höga krav på vad som kan utgöra sakliga skäl för att avbryta en pågående upphandling. Möjligheten att avbryta en pågående upphandling ska således ses som en undantagssituation. Av Landstingens yttrande framgår tydligt att man så sent som den 16 mars 2009 var av uppfattningen att anbudsinbjudan stod i överensstämmelse med de gemenskapsrättsliga principerna. Att Landstingen den 20 april 2009 kom till slutsatsen att anbudsinbjudan var otydligt utformad och inte stod i överensstämmelse med 1 kap. 9 § LOU får därför uppfattas som en efterhandskonstruktion. Det utgör inte sakliga skäl att i ett senare skede

anföra att ett förfrågningsunderlag är otydligt. Skall-kravet i punkt 97 i kravspecifikationen har varit klart och tydligt. Samtliga tänkbara leverantörer har under upphandlingens gång haft möjlighet att ställa frågor i anledning av anbudsinvjudan. Detta har också skett i förhållande till den aktuella punkten i kravspecifikationen. Både anbudsinvjudan samt tillhörande frågor och svar har hållits tillgängliga för samtliga anbudsgivare varvid dessa haft samma förutsättningar i förhållande till upphandlingen. Om Landstingen varit av uppfattningen att kravet varit otydligt eller kunnat påverka upphandlingens utgång skulle kravet redan då ha strukits. Kravet har inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede då sju anbud inkommit och Landstingen gått vidare med upphandlingen och meddelat tilldelningsbeslut. Kravet om att den offererade produkten endast får ha funnits på marknaden två år före sista anbudsdatum säkerställer att det är ledande företag inom forskning och utveckling som har möjlighet att uppfylla kravet och att Landstingen får leverantörer som har den nyaste tekniken för de produkter som är aktuella för upphandlingen. Med hänsyn till detta saknas sakliga skäl för Landstingen att avbryta upphandlingen och besluten strider således mot de gemenskapsrättsliga principerna om offentlig upphandling. Landstingen har vidare genom att lämna ut samtliga anbudsgivares anbudshandlingar i sin helhet brutit mot bestämmelserna i 8 kap 10 § sekretesslagen. Då uppgifter om affärsförhållanden, prisstrategier och liknande innefattades i anbudshandlingarna borde Landstingen ha insett att anbudsgivarna orsakas skada genom att sådan information röjs. Uppgifter om den enskildes affärs- eller driftsförhållanden får enligt nämnda bestämmelser inte lämnas ut om det av särskild anledning kan antas att det är till skada för den enskilde. Landstingen har anfört att en ny upphandling planeras där tvåårskravet inte längre kommer att finnas med. Eftersom den framtida upphandlingen kommer att utformas på likartat sätt som den som är föremål för överprövning, innebär Landstingens utlämnande av samtliga anbudshandlingar att skada åsamkats anbudsgivarna. Då tillgången till all information rörande anbuden utlämnats riskerar detta att

allvarligt snedvrída konkurrensen i den kommande upphandlingen. Landstingen borde därför ha gjort en sekretessprövning enligt 8 kap 10 § sekretesslagen för att säkerställa att legitima ekonomiska intressen inte kommer till skada. Att anbudsgivare i sitt anbud uppmanas att ange vad i anbudet som ska omfattas av sekretess frántar inte den upphandlande myndigheten dess skyldigheter enligt sekretesslagen. Genom förfarandet har Landstingen ástadkommit att de anbudsgivare som erhållit tilldelning i upphandlingen kommer att lida skada om upphandlingen avbryts. Det medför i sig att upphandlingen inte kan avbrytas oavsett om det föreligger sakliga skäl för att avbryta upphandlingen eller inte.

Landstingen motsätter sig bifall till yrkandet och anför bl.a. följande. De bakomliggande orsakerna till de skäl som angetts för att avbryta upphandlingen är att Landstingen efter närmare genomgång kommit fram till att det som Oticon AB framfört i mål nr 251-09 rörande förfrågningsunderlaget och det svar som lämnats på frågan beträffande punkt 97 i kravspecifikationen måste anses innebära att upphandlingen inte skett på ett sätt som är förenligt med principerna om proportionalitet, likabehandling och transparens. Av praxis framgår att en upphandlande myndighets befogenhet att avbryta en upphandling inte är förbehållen undantagsfall. Landstingen har således haft rätt att avbryta upphandlingen med áberopande av sakliga skäl. Det aktuella skall-kravet har uppstállts i syfte att säkerställa att produkter med modern teknologi offereras. Kravet ansågs till en början vara förenligt med proportionalitetsprincipen men under skriftväxlingen i länsrättens mål nr 251-09 har det emellertid framkommit att skall-kravet inte varit lämpligt för att uppnå syftet med upphandlingen. Syftet har nämligen inte varit att utesluta leverantörer med produkter som uppfyllde kravet på "moderna" produkter. Överprövningen har enligt Landstingen visat på att kravet att offererade produkter inte ska ha funnits på marknaden längre än två ár står i strid med såväl likabehandlingsprincipen som principen om proportionalitet. Det är inte áldern utan produktens funktion och prestanda som ska vara

avgörande krav. Landstingen avser att i ny upphandling omformulera kravet utifrån tekniska och funktionella krav utan ålderskrav. Ett kvalificeringskrav som utesluter produkter av viss ålder får den effekten att produkter från företag som ligger i framkant i forskning och utveckling kan komma att falla för åldersstrecket, medan senare ”kopior” från andra tillverkare uppfyller ålderskravet. Inte heller detta är sakligt motiverat, eller förenligt med proportionalitetsprincipen. Med anledning av att skall-kravet i kravspecifikationen visat sig vara i strid med proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen och att Landstingens svar på frågan angående tvåårskravet är otydligt formulerat (brist i transparens) kan det inte uteslutas att kravet har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Eftersom rättelse inte kan komma ifråga har det också förelegat saklig grund för Landstingen att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen har inte heller inneburit att de gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling har trätts för när. Landstingen har vidare inte brutit mot bestämmelserna i 8 kap. 10 § sekretesslagen genom att lämna ut samtliga anbudsgivares anbudshandlingar i sin helhet. Av inbjudan till anbudsgivningen framgår det att anbudsgivare som vill att sekretess ska råda efter det att anbudssekretessen upphört i anbudet skriftligen ska ange om sekretess begärs, innehållande precisering av vilka uppgifter som avses samt vilken skada som skulle åsamkas anbudsgivaren om uppgifterna röjs. I annat fall förutsätts att skäl till sekretess saknas. GN Resound AB har inte i sitt anbud begärt sekretess av vissa uppgifter i anbudet varför skäl till sekretess saknas. Frågeställningen om Landstingen har brutit mot bestämmelserna i sekretesslagen har dock inte med saken om avbrytande att göra. Den omständigheten att ett brott mot sekretesslagen skulle föreligga, vilket Landstingen motsätter sig, innebär inte att ett sakligt skäl att avbryta en upphandling genom ett sekretessbrott förändras till att inte längre vara sakligt. Sekretessbrott får istället hanteras i den ordning som följer av sekretesslagen och lagen om företagshemligheter.

SKÄL FÖR BESLUTET

Länsrätten har i dom denna dag (mål nr 251-09) avseende Oticon AB:s begäran om överprövning av nu aktuell upphandling ogiltigförklarat Landstingens beslut den 20 april 2009 att avbryta upphandlingen. Vid sådant förhållande föreligger inte skäl att närmare behandla de omständigheter som GN Resound AB åberopat till stöd för sin talan i det här målet.

BESLUT

GN ReSound AB:s ansökan föranleder inte någon länsrättens vidare åtgärd.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1d)

Bengt Lindh

