



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2014-09-04
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
2099-14 E

SÖKANDE

Phonak AB, 556441-3762
Box 1039
171 21 Solna

Ombud:

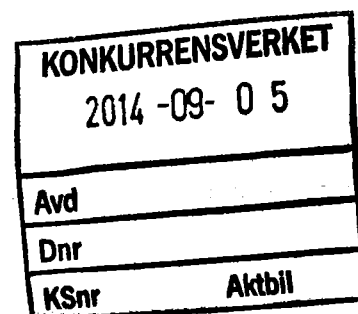
Advokaterna Ulf Hökeberg och Victoria von Uexküll
Advokatfirman Fylgia KB
Nybrogatan 11 Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten
Box 1613
701 16 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling



AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Phonak AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 116194

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Örebro läns landsting genomför för den s.k. sjuklövern, landsting och kommuner i Dalarnas, Sörmlands, Uppsala, Värmlands, Västmanlands, Örebro och Gävleborgs län, (Landstinget) en offentlig upphandling av ramavtal avseende hörseltekniska hjälpmedel i sex produktområden med ett antal olika positioner inom respektive produktområde. Ramavtalen är på två år med möjlighet för köparen att förlänga avtalet med upp till 24 månader. Som tilldelningskriterium gäller det för Landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt en i förfrågningsunderlaget angiven utvärderingsmodell.

I tilldelningsbeslut den 16 maj 2014 har Landstinget för produktområde 1 i positionerna 101-104 antagit Comfort Audio AB och för produktområde 5 antagit i position 505 Bellman & Symfon Europé AB, i positionerna 506-508 Comfort Audio AB samt i positionerna 509-512 Phonak AB.

Landstinget har i förfrågningsunderlaget för positionerna 101 och 102 angett att trådlösa *mikrofoner* ska ha en räckvidd på minst 15 meter inomhus och att alla trådlösa enheter ska ha inbyggda antenner. För positionerna 103 och 104 har Landstinget angett att *systemet* ska ha en räckvidd på minst 15 meter inomhus samt att alla trådlösa enheter ska ha inbyggda antenner. I positionerna 501-504 anges att systemet ska ha en räckvidd på minst 10 meter samt att det ska vara inbyggd antenn på alla sändare och mottagare.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Phonak AB (Phonak) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att rättelse ska ske genom att ny anbudsutvärdering genomförs och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för

yrkandena anför Phonak att Landstinget felaktigt har uteslutit bolagets anbud i positionerna 101-104 och 501-504 då bolagets lösningar har inbyggda antenner samt att Landstinget har utformat upphandlingen på ett sådant sätt att det strider mot de grundläggande principerna i LOU, främst genom att bör-kraven är viktade så att ca 70 procent bedöms subjektivt, vilket gör att transparens och förutsägbarhet i kravet saknas. Vidare har bedömningen av varje enskilt krav i produktgrupp 1 och 5 inte dokumenterats av Landstinget vilket är i strid med LOU.

Landstinget bestrider bifall till Phonaks yrkanden och anför att det saknas grund för ingripande.

PARTERNAS TALAN

Landstinget har som skäl för bedömningen att Phonaks anbud inte uppfyller alla skall-krav anför i huvudsak följande. I kravspecifikationen för positionerna 101-104 står att skolhörhjälpmedel kan förskrivas till hörselskadade barn i skolmiljö. De ska möjliggöra kommunikation både på nära håll och på avstånd. I kravspecifikationen för positionerna 501-504 står att transmissionssystem via radio kan förskrivas till personer med hörselskada eller personer med dövblindhet för att möjliggöra för dessa personer att kunna delta i samtal, konferenser och undervisning. Det står vidare att för en talare och en lyssnare på varierande avstånd om minst 10 meter i bullrig miljö. Då Landstinget testade om antenner för offererade produkter för respektive position fungerade i ovanstående miljöer visade det sig att man tappade kontakt i kommunikation efter 3 meter vilket innebär att man inte kunde etablera en störningsfri kommunikation på minst 15 respektive 10 meter som är ett skall-krav i angivna positioner. Att ha en inbyggd antenn och vara tvungen att använda extern antenn för att uppnå önskad räckvidd innebär att den inbyggda antennen inte fyller sin funktion. Därmed uppfyller offererade produkter inte skall-kravet om inbyggda antenner.

Phonak anför som skäl för sin talan i huvudsak följande. Landstinget anger att bolagets offererade varor inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav om kommunikationsräckvidd. Påståendet är felaktigt, vilket utvecklas nedan. Bolagets varor uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. I de av Landstinget vid utvärderingen ifyllda kravspecifikationerna, avseende bolagets offererade produkter har också Landstinget genom att skriva ja vid de aktuella kraven avseende kommunikationsräckvidd bekräftat att dessa uppfylls. Vad Landstinget nu påstår om att bolagets varor skulle brista i förhållande till obligatoriska krav framstår i anledning av ovanstående som efterhandskonstruktioner och överensstämmer inte med utfallet av Landstingets egen utvärdering. Landstingets påstående, att de av bolaget offererade varorna tappar kontakt i kommunikation efter 3 meter tillbakavisas som felaktigt. Bolaget har hos Landstinget efterfrågat protokoll eller rapporter som styrker att bolagets produkter inte skulle uppfylla de i förfrågningsunderlaget angivna obligatoriska kraven. Någon sådan dokumentation finns dock enligt Landstinget inte. Någon bevisning avseende Landstingets nu framförda uppfattning föreligger således inte. Bolaget har å sin sida ingivit och åberopat produktblad till stöd för att de av bolaget offererade varorna uppfyller kraven om kommunikationsräckvidd. Landstinget hävdar i sitt yttrande att vad som anges under rubriken allmän orientering i förfrågningsunderlagets kravspecifikation för produktgrupperna 100 respektive 500 är att betrakta som obligatoriska krav vilka inte uppfylls av bolaget. Detta är dock inte korrekt eller så framgår dessa påstådda obligatoriska krav i vart fall inte med tillräcklig tydlighet av förfrågningsunderlaget. De varor bolaget har offererat i produktgrupp 100 uppfyller således både de obligatoriska kraven såsom de anges i förfrågningsunderlaget och såsom Landstinget nu verkar mena att kraven ska tolkas, dvs. en kommunikationsräckvidd om minst 15 meter endast med den inbyggda antennen. I produktgrupp 500 har bolaget offererat Roger Inspiro på positionerna 503 och 504 och produkten Smart Link Plus på positionerna 501 och 502. De obligatoriska kraven avseende posi-

tionerna 501-504 är att varorna ska ha inbyggd antenn och att varorna ska ha en kommunikationsräckvidd om minst 10 meter. Smart Link Plus har en inbyggd antenn varför bolaget uppfyller det i förfrågningsunderlaget ställda kravet. Den inbyggda antennen har en räckvidd om 3 meter. Bolaget har vidare i anbudet avseende positionerna 501-502 inkluderat en extern antenn med vilken den offererade varan har en kommunikationsräckvidd om 15 meter varvid även det obligatoriska kravet om varans kommunikationsräckvidd såsom det anges i förfrågningsunderlaget uppfylls. Vad avser positionerna 503-504 har bolaget även här offererat varan Roger Inspiro, dock med FM-teknologi. I detta utförande fungerar Roger Inspiro som en mikrofon med sändare. Mikrofonsladden är nödvändig för att varan ska kunna användas på avsett sätt och det är normalt bland liknande produkter på marknaden att mikrofonsladden inte är inbyggd i själva apparaten. I bolagets offererade vara används sladden även som antenn vilket innebär att densamma är inbyggd i varan. Visserligen är antennen inte inbyggd i själva apparaten utan i en mikrofonsladd men det krävs heller inte montering av extern antenn för att uppnå en kommunikationsräckvidd om minst 15 meter. Som framgår av den offererade varans produktblad har den offererade varan en kommunikationsräckvidd om 20 meter med den inbyggda antensladden. Bolaget har ingivit produktblad utvisande att de av bolaget offererade produkterna de facto uppfyller kraven avseende både inbyggd antenn samt kommunikationsräckvidd. Landstinget har å sin sida inte presenterat någon dokumentation från de påstått utförda testerna av bolagets produkter som styrker Landstingets inställning i frågan. Även om någon uttalad skyldighet att upprätta protokoll inte finns i LOU framgår redan av kraven på likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU att en upphandlande myndighet i fall som förevarande kan komma att behöva redovisa dokumentation som visar att förkastandet av en leverantörs anbud var korrekt, särskilt när det handlar om prövning av offererade produkters funktionalitet (detta framgår även bland annat av Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 september 2012 i mål nr 3827-12). I annat fall kan miss-

tag vid tester leda till att offererade produkter felaktigt förkastas eller att godtyckligt förkastande av anbud förekommer. Det får, i brist på annan information, förmodas att utfallet av Landstingets tester beror på ett handhavandefel eller dylikt. Landstinget har inte heller haft några invändningar mot de produktblad som bolaget har ingivit.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § enligt lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är främst fråga om Phonaks offererade produkter i positionerna 101-104 och 501-504 uppfyller ställda skall-krav på inbyggd antenn och kommunikationsräckvidd på 15 respektive 10 meter. Landstinget har i förfrågningsunderlaget 1.4.5 och 1.4.3 angett att provexemplar av offererad produkt inklusive tillbehör ska erbjudas för funktionsprovning och utvärdering samt att skriftlig beskrivning av det offererade systemet ska medfölja anbudsproverna. Vidare anges i 1.4.4 att en referensgrupp bestående av bland annat audionomer, tekniker och ingenjörer från sjuklövern provar och utvärderar varje produkt mot redovisade kriterier. Även med beaktande

av vad Phonak anfört och att Landstinget inte dokumenterat bristerna i uppfyllande av kommunikationskraven på annat sätt än ett nej i rutan för uppfyllda krav i respektive position finner förvaltningsrätten att det saknas skäl att ifrågasätta att kravet inte uppfyllts vid referensgruppens provning. Gruppen får även utifrån sin sammansättning antas ha hanterat produkterna i enlighet med de beskrivningar som enligt förfrågningsunderlaget ska medfölja anbudsproverna.

Phonak har även invänt att de miljöer i vilka produkterna provats inte utgör några obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget eftersom de inte specificerats med ett s i kolumnen för skall- eller bör-krav och att detta medför att underlaget brister i transparens. För positionerna 101-104 anges bland annat användningsområdet i avsnittet allmän orientering varav framgår att produkterna ska användas i skolmiljö och möjliggöra kommunikation både på nära håll och på avstånd m.m. För positionerna 501-504 innehåller den allmänna orienteringen bland annat en situationsbeskrivning varav framgår att produkterna ska användas i en bullrig miljö med bakgrundsbrusnivå upp till 75 dB. Enligt förvaltningsrättens mening kan förfrågningsunderlaget inte uppfattas på annat sätt än att de förutsättningar som beskrivits i den allmänna orienteringen också föreligger vid bedömningen av de närmare preciserade skall-kraven. Av detta följer att provning och utvärdering av ifall produkterna uppfyller ställda skall-krav också ska utföras i miljöer som överensstämmer med de som beskrivits. Förvaltningsrätten finner därmed att Landstinget haft fog för att utföra provningen på det sätt som framkommit i målet och att detta varit i överensstämmelse med de grundläggande principerna i LOU.

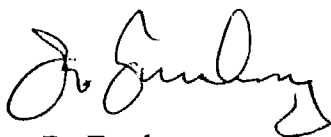
De aktuella skall-kraven innebär krav dels på kommunikationsräckvidd, dels på inbyggd antenn. Som anförts uttrycks kraven i position 101 och 102 så att trådlösa *mikrofoner* ska ha en räckvidd på minst 15 meter inomhus medan motasvarande krav i position 103 och 104 uttrycks så att *syste-*

met ska ha motsvarande räckvidd. Om någon skillnad i sak är avsedd framgår emellertid inte av handlingarna i målet. I positionerna 501 och 503 uttrycks kommunikationskravet så att systemet ska ha en räckvidd på minst 10 meter *inomhus* medan det i positionerna 502 och 504 anges att systemet ska ha en räckvidd på minst 10 meter. Inte heller i dessa avseenden framgår om någon skillnad i sak är avsedd. Därtill kommer att positionerna 501-504 inte omfattas av tilldelningsbeslutet den 16 maj 2014 och det är därför oklart om någon tilldelning har skett i dessa positioner.

Vad gäller de olika uttrycken avseende räckvidd utgår förvaltningsrätten från att det i sak är samma krav som gäller, dvs. att offererad utrustning ska ha föreskriven räckvidd samt att utrustningen ska fungera med inbyggd antenn inom dessa räckvidder. Förvaltningsrätten kan i och för sig förstå Phonaks invändning att Landstinget kryssat i att kraven på räckvidd är uppfyllda medan kraven på inbyggd antenn inte är uppfyllda, då det snarare skulle kunna vara det omvända eftersom produkterna synes vara utrustade med inbyggd antenn men inte klarat kommunikationsprovningen inom föreskrivna räckvidder. Oavsett vilket har produkterna inte uppfyllt alla skall-krav och Landstinget har därmed haft fog för att bortse från Phonaks anbud i utvärderingen. Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl för ingripande mot upphandlingen och att Phonaks ansökan om överprövning därmed ska avslås.

ÖVERKLAGANDE

Denna dom kan överklagas. Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).



Bo Forsberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.