



KLAGANDE

Phonak AB, 556441-3762
Förmansvägen 2, 4 tr
117 43 Stockholm

Ombud: Advokat Marion Greidinger
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

Ombud: Advokat Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

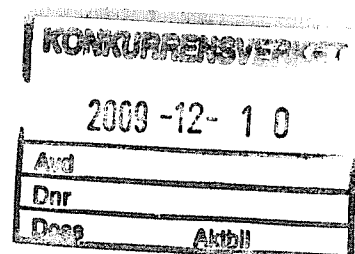
2. Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

3. Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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

Landstinget Kronoberg, Landstinget Blekinge och Landstinget Halland har genomfört en upphandling avseende hörapparater, reservdelar och tillbehör (Dnr B49-08-092). Den 18 februari 2009 beslutade de upphandlande myndigheterna att anta de anbud som lämnats av Phonak AB, GN Resound AB och Widex AB. Oticon AB och G N Resound AB ansökte om överprövning av landstingens upphandlingar och länsrätten beslutade den 20 augusti 2009 att upphandlingarna skulle rättas på så sätt att bl.a. anbudet från Phonak skulle förkastas och ny utvärdering göras. I tilldelningsbeslut den 3



Dok.Id 43817

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00
E-post: lansrattenikronoberg@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

september 2009 beslutade de upphandlande myndigheterna att anta de anbud som lämnats av GN Resound AB, Widex AB och Oticon AB. Sennberg AB och Phonak AB ansökte om överprövning av landstingens beslut. Länsrätten beslutade den 12 november 2009 att avslå Sennberg AB:s ansökan och den 9 oktober 2009 att avvisa Phonak AB:s ansökan. Phonak AB överklagade länsrättens beslut. Kammarrätten i Jönköping beslutade den 16 november 2009 att återförvisa målet till länsrätten för prövning av Phonak AB:s ansökan i sak.

Phonak AB (Phonak) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att rättelse sker av upphandlingen på det sättet att anbudsutvärderingen ska göras om med beaktande av bolagets anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Phonak yrkar att muntlig förhandling hålls och anför bl.a. följande. Landstingen bryter i den pågående upphandlingen mot bestämmelserna i LOU och direktiv 2008/18/EG om offentlig upphandling, särskilt mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som styr offentlig upphandling, principerna om likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet, icke-diskriminering som dessa kommit till uttryck i 1 kap 9 § LOU. Det anbud som bolaget lämnade in i enlighet med föreskrifterna i förfrågningsunderlaget uppfyllde anbudsförutsättningarna och skulle rätteligen ha beaktats i anbudsutvärderingen samt upptagits till slutlig prövning. I andra hand åberopar bolaget att den komplettering som bolaget gjorde varit tillåten och att bolagets anbud med den komplettering som gjordes uppfyllde anbudsförutsättningarna och rätteligen skulle ha beaktats i anbudsutvärderingen samt upptagits till slutlig prövning. I vart fall är skall-kravet avseende kontaktuppgifter oproportionerligt och ska inte tillämpas. Slutligen åberopas att vid kommunikation med elektroniska medel ska dessa enligt 9 kap 2 § LOU vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används. Därtill ska en upphandlande myndighet enligt 9 kap 3 § LOU ha sådan utrustning att

den elektroniskt kan ta emot anbud på ett säkert sätt. Dessa bestämmelser har inte uppfyllts i aktuell upphandling. De felaktigheter som förekommit i upphandlingen är av sådan art och omfattning att förfarandet är oförenligt med gällande upphandlingslagstiftning. Om felaktigheterna inte förekommit skulle bolaget ha tilldelats upphandlingskontrakt avseende 50 % av volymandelen. Att anbudens giltighetstid har gått ut saknar betydelse för länsrättens bedömning med hänsyn till att landstingen har antagit övriga anbud varigenom dessa fortfarande får anses vara gällande. Om emellertid länsrätten anser att det förhållandet att anbudens giltighetstid löpt ut medför att inget anbud nu kan antas, så torde länsrätten endast kunna förordna att upphandlingen ska göras om. Bolaget riskerar att lida skada genom de felaktigheter som förekommit vid Landstingens upphandling. Den skada bolaget lidit eller kan komma att lida är större än den skada eller olägenhet som Landstingen riskerar att åsamkas.

Landstinget Kronoberg har i yttrande anfört att man instämmer i sökandens förstahandsyrkande, men bestrider andrahandsyrkandet. Landstinget har bl.a. anfört följande. Upphandlingen avser hörapparater, reservdelar och tillbehör till Landstinget Kronoberg, Landstinget Blekinge och Landstinget Halland. Upphandlingen genomförs som öppen upphandling. Upphandlingen syftar till ramavtal med tre leverantörer. Anbud inkom bl.a. från Phonak AB. Bolagets anbud saknade bilagan kontaktuppgifter men var komplett i övrigt. Att bilagan kontaktuppgifter inte fanns med i anbudet kan inte lastas anbudstjänsten eller tekniker på Chambersign Sverige AB utan endast anbudsgivaren. Landstingen begärde in komplettering från anbudsgivaren avseende bilagan. Anbudsgivaren inkom med komplettering. Landstinget fattade tilldelningsbeslut i upphandlingen den 18 februari 2009. Företagets anbud antogs för en volymandel av 50 %. Upphandlingen blev överprövad av Oticon AB. I målet, mål nr 251-09, gjorde Oticon AB bl.a. gällande att, den av landstingen gjorda kompletteringen av bilagan kontaktuppgifter från Phonak AB strider mot principen om likabehandling.

Landstinget bestred ansökan om överprövning men underlät av förbiseende att yttra sig i frågan om företagets anbud skulle ha förkastats. Länsrätten meddelade dom i mål 251-09 den 20 augusti 2009 och förordnade om rättelse på så sätt att Phonak AB:s anbud ska diskvalificeras. Den 3 september 2009 meddelade landstingen nytt tilldelningsbeslut varvid företagets anbud diskvalificerats i enlighet med länsrättens dom. - Landstinget delar uppfattningen att den kompletteringen som företaget gavs möjlighet att göra var tillåten och att företagets anbud därmed ska beaktas i anbudsutvärderingen. Bilagan kontaktuppgifter innehåller inte någon information av väsentlig betydelse eller information som påverkar kvalificering av anbudsgivarna eller utvärdering av anbuden. Landstingen har inte heller särbehandlat anbudsgivaren genom att tillåta komplettering av bilagan kontaktuppgifter. Det ska även påpekas att punkt 1.3.3 inte är utformat med ett obligatoriskt skall-krav som ska uppfyllas för att anbudsgivarens anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas enligt punkt 1.2.3 i förfrågningsunderlaget. Landstingen medger att upphandlingen får rättas på så sätt att anbudsgivaren är kvalificerad samt att anbudet ska utvärderas. Anbudens giltighetstid löpte ut den 26 augusti 2009. Landstingen gjorde av förbiseende ingen förlängning av anbudens giltighetstid med hänsyn till förordnandet om rättelse. Med anledning av länsrättens dom togs ett nytt tilldelningsbeslut den 3 september 2009, dvs efter det att anbudens giltighetstid löpt ut.

DOMSKÄL

Kammarrätten har den 16 oktober 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Av 1 kap 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap 2 § LOU ska länsrätten, 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten beslutade i dom den 20 augusti 2009, mål nr 251-09, att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att Phonaks anbud förkastas. Grund för detta beslut var följande. Sökanden i det målet, Oticon AB, hade ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten skulle besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att bl.a. anbudet från Phonak skulle förkastas. Länsrätten gjorde i denna fråga följande bedömning. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är ett skall-krav att anbudsgivare ska bifoga bilaga med kontaktpersoner. Phonak har inte vid anbudstidens utgång ingivit någon sådan bilaga som skallkravet avser. För att överhuvudtaget kunna pröva Phonaks anbud har Landstingen varit tvungna att begära in kompletteringar. Ett förtydligande eller en komplettering får emellertid inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. Landstingens begäran om att få in en bilaga med kontaktpersoner av Phonak har gått utöver vad som kan anses tillåtet i detta hänseende. Det har således inte varit försvarbart att begära in uppgifter på det sätt som skett och att beakta dessa vid anbudsutvärderingen. Förfarandet är inte förenligt med bestämmelserna i 6 kap 8 § LOU och strider mot i första hand likabehandlingsprincipen i 1 kap 9 § LOU. Landstingen har således genomfört upphandlingen i nu aktuellt hän-

seende på ett sådant sätt att Oction kan komma att lida skada. Länsrättens dom överklagades inte.

Av Landstingens förfrågningsunderlag framgår att upphandlingen kommer att ske som en öppen upphandling. Upphandlingen syftar till ramavtal med tre leverantörer. Upphandlingen avser hörapparater, reservdelar och tillbehör. Upphandlande myndigheter är Landstinget Blekinge, Landstinget Halland och Landstinget Kronoberg. Upphandlingen handläggs av Landstinget Kronoberg. Anbud ska vara handläggande upphandlande myndighet tillhanda senast den 26 januari 2009. Anbud ska vara bindande i 4 månader efter anbudstidens utgång. Om upphandlingen blir föremål för rättslig prövning förlängs anbudens giltighetstid fram till dess att upphandlingskontrakt kan tecknas, dock i högst 3 månader efter angiven giltighetstid.

Av utredningen i målet framgår att giltighetstiden för anbuden löpte ut den 26 augusti 2009. Det framgår inte att någon förlängning av denna tid har avtalats. Länsrätten finner därför att det föreligger hinder att i förevarande upphandling överhuvudtaget anta anbud eftersom dessa inte längre är giltiga. Då så ändå skett genom det tilldelningsbeslut som nu är föremål för överprövning genomförs upphandlingen inte i enlighet med LOU.

Då Phonak kan antas lida skada av den ovan konstaterade bristen i upphandlingen föreligger grund för åtgärder enligt 16 kap 2 § LOU. Någon annan åtgärd än att förordna att upphandlingen ska göras om kan i denna situation inte komma ifråga.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva Phonaks övriga invändningar i målet. Vid denna utgång saknas vidare behov av muntlig förhandling i målet.

Till följd härav ska kammarrättens beslut den 16 oktober 2009 inte längre gälla.

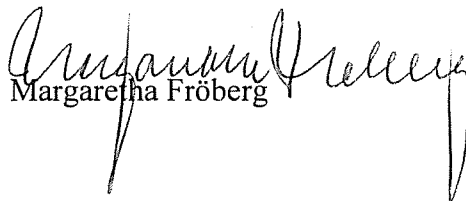
DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Landstinget Blekinges, Landstinget Hallands och Landstinget Kronobergs upphandling av hörapparater, reservdelar och tillbehör ska göras om.

Länsrätten förordnar att kammarrättens interimistiska beslut av den 16 oktober 2009 ska upphöra att gälla.

Länsrätten avslår yrkandet om muntlig förhandling.

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

6

Margaretha Fröberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.