



KONKURRENSVERKET	
2012 -09- 2 6	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

nWise AB, 556755-0354
S:t Olofsgatan 33 B 2tr
753 30 Uppsala

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen och jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 13 april 2012 i mål nr 35-12,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska rättas.

YRKANDEN M.M.

nWise AB yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska besluta att upphandlingen, i den del som avser produktgrupperna Totalkonversation A, B och C, får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid nWise anbud ska tas upp

KONKURRENSVERKET

Dok.Id 221906 för KAMMARRÄTTEN

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

till utvärdering. Vid den nya anbudsutvärderingen ska vidare rättelse ske på så sätt att samtliga kostnader förenade med den av Raftech enskild firma offererade produkten för Totalkonversation C tas med vid beräkningen av Raftechs utvärderingspris.

Västra Götalandsregionen anser att överklagandet ska avslås.

Parterna anför bl.a. följande till stöd för sin respektive talan.

nWise

Västra Götalandsregionen har brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att felaktigt förkasta bolagets anbud. De av bolaget offererade produkterna uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen. Genom att Västra Götalandsregionen felaktigt förkastat bolagets anbud har bolaget gått miste om möjligheten att tilldelas ramavtal i upphandlingen. Bolaget har således lidit skada eller riskerar åtminstone att lida skada till följd av Västra Götalandsregionens agerande.

Vidare har Västra Götalandsregionen vid utvärderingen av Raftechs anbud för produktgrupp Totalkonversation C inte tagit hänsyn till samtliga kostnader för Raftechs produkt såsom denna angetts i Raftechs anbud. Denna brist vid utvärderingen medför att bolaget får en sämre placering i ramavtalets rangordning för produktgrupp Totalkonversation C än vad som hade blivit fallet om samtliga kostnader för Raftechs produkt hade beaktats vid utvärderingen.

I upphandlingen har Västra Götalandsregionen genomfört en testning av bolagets produkter. Västra Götalandsregionen har på grundval av denna testning slutit sig till att bolagets produkter inte uppfyller samtliga tekniska krav som ställts i upphandlingen. Bolaget å sin sida anser att dess produkter uppfyller samtliga de tekniska krav som ställts, och att eventuella fel således måste bero på att Västra Götalandsregionen inte har genomfört testningen

på ett korrekt sätt alternativt att det funnits fel i Västra Götalandsregionens testmiljö.

Bolaget har till styrkande av sin ställning kommit in med ett testprotokoll från Hjälpmedelsinstitutet (HI), vilket bekräftar att bolagets produkter uppfyller just de krav som uppställts i upphandlingen och som Västra Götalandsregionen anger att bolagets produkter inte uppfyllt vid Västra Götalandsregionens testning. Bolaget har kontaktat HI, som är ett oberoende organ som ägs av staten och Sveriges Kommuner och Landsting och bl.a. har till uppdrag att utföra testning av hjälpmedel, med anledning av att bolagets anbud har förkastats i upphandlingen. Bolaget har bett HI att testa om bolagets produkter uppfyller just de krav som framgår av förfrågningsunderlaget och som Västra Götalandsregionen lagt till grund för att förkasta bolagets anbud. HI har också fått del av Västra Götalandsregionens förfrågningsunderlag. HI bekräftar i sitt testprotokoll att bolagets produkter uppfyller de aktuella skall-kraven.

Västra Götalandsregionen har å sin sida inte presenterat något testprotokoll eller någon som helst dokumentation från de tester som Västra Götalandsregionen säger sig ha genomfört, vilket gör det möjligt att verifiera att dessa har skett på ett korrekt sätt. Västra Götalandsregionen har endast angett att dess personal dagligen arbetar med produkterna och är kunniga och kompetenta i att använda produkterna på ett korrekt sätt. Att det skulle vara fråga om ett handhavandefel är enligt Västra Götalandsregionen uteslutet. Vidare har Västra Götalandsregionen angett att produkterna även testats i personalens hemmiljö och att produkterna inte fungerade där heller. Det förhållandet att personalens erfarenhet inte avser bolagets produkter, utan endast den befintliga leverantörens produkter har inte kommenterats av Västra Götalandsregionen.

Vidare bör framhållas att det i upphandlingen inte lämnats någon information till anbudsgivarna om Västra Götalandsregionens testmiljö, eller tele-

fonnätet i testmiljön, och att det inte heller fanns någon nätverkstekniker tillgänglig under de tester som gjordes vid bolagets produkt demonstration hos Västra Götalandsregionen. De företrädare för Västra Götalandsregionen som närvarade hade inga kunskaper om Västra Götalandsregionens interna nät. Det var därför oklart vilka förutsättningar som gällde för testerna, bl.a. i fråga om vilken typ av anslutningar som faktiskt erbjöds under testerna. Den bristande testmiljön som bolaget påtalat, och det faktum att Västra Götalandsregionen varken under upphandlingen eller i förvaltningsrätten kunnat redogöra för testmiljön, är något som över huvud taget inte förefaller ha beaktats av förvaltningsrätten.

Det förhållandet att Västra Götalandsregionen har en viss typ av telefonabonnemang visar inte att testningen av bolagets produkter har genomförts på ett korrekt sätt. De fakturor som Västra Götalandsregionen presenterat säger ingenting om hur testningen gått till eller att förutsättningarna för att genomföra testet var de rätta.

Ett av de problem som föranlett förkastande av bolagets anbud är att produkterna inte ansetts fungera vid kommunikation med den vinnande anbudsgivarens produkt Allan eC. Som tydligt framgår av HI:s testprotokoll beror detta sannolikt på brister hos den vinnande anbudsgivarens produkter och inte hos bolagets produkter.

Förvaltningsrätten har valt att tro på vad Västra Götalandsregionen anger framför vad bolaget anger. Det förhållandet att Sveriges ledande oberoende expertorgan gör en annan bedömning än Västra Götalandsregionen lämnar förvaltningsrätten helt utan avseende. Förvaltningsrätten anger att de tester som HI utfört ger anledning till viss osäkerhet kring produkternas funktionalitet utifrån efterfrågade krav. Detta argument har inte framförts av Västra Götalandsregionen i något yttrande som kommunicerats med bolaget och måste således vara ett uttryck för förvaltningsrättens egen bedömning av vad som framgår av HI:s testintyg. Då grunderna för denna bedömning inte

kommunicerats bolaget har bolaget inte heller getts tillfälle att yttra sig över denna. Det finns inget i HI:s intyg som kan tas till intäkt för den osäkerhet som förvaltningsrätten nämner.

Västra Götalandsregionen

Den av nWise offererade produkten har testats mot en fungerande analog linje, mot vilken verksamheten alltid provar analog utrustning utan att en speciell tekniker behöver kallas in. Av tidigare inlämnade fakturor på telefonabonnemang framgår att det är en fast telefon som inte går via telefonväxel. Hade det varit ett ISDN-abonnemang skulle detta ha framgått av fakturan. Det skulle på fakturan ha stått ISDN duo i stället för "företags abonnemang" på fakturaspecifikationen. Fakturan visar vidare att förutsättningarna för att genomföra testet var riktiga. Nätet som testet utfördes på tillhörde, som framgår av fakturan, inte Västra Götalandsregionens interna nätverk, vilket av säkerhetssynpunkt kan ha vissa spärrar. Testprodukterna kopplas alltid till samma nät för att få ett "hemliknande" nät där användarna kan prova alla de produkter som används av hörselskadade.

Västra Götalandsregionen vidhåller att det inte rör sig om ett handhavandefel, då testerna skedde tillsammans med personal som dagligen arbetar med produkterna och har stor kunskap på området. nWises produkt fungerade inte vid testerna och går därför inte att använda utan att riskera att brukarna blir lidande och utsätts för risker som kan uppstå vid användandet av en otjänlig produkt.

HI:s rekommendationer är just rekommendationer och det står regionen fritt att ställa krav som överstiger HI:s rekommendationer med hänsyn till användarnas behov.

Den av nWise offererade produkten har testats mot ställda skall-krav i upphandlingen och regionen har funnit att nWises produkter inte lever upp till

dessa. Den offererade produkten fungerade varken i den miljö där analoga texttelefoner vanligtvis testas utan problem eller i hemmiljö.

När regionen tillsammans med nWise utförde test med den av nWise offererade produkten var den inte funktionsduglig. Testerna kunde inte genomföras eftersom produkten inte fungerade, varpå nWises anbud inte kvalificerade sig till anbudsutvärderingen. Att den offererade produkten fungerar är ett helt rimligt krav att ställa för kvalificering i anbudsutvärderingen. nWise visade liten vilja att lösa problemet med den funktionsodugliga produkten vid bolagets produkt demonstration. Närvarande vid detta tillfälle var två personer från nWise som såg att produkten inte fungerade. Produkter som offererades av andra leverantörer och testades på samma sätt i samma telefonjack fungerade. Även de produkter som dagligen används kopplas i detta telefonjack.

nWise har inte på något sätt kunnat påvisa att den bristande funktionaliteten i deras produkt beror på ett handhavandefel hos regionens personal. Regionens personal är vana och rutinerade användare av de produkter som finns på marknaden och har lång erfarenhet av problem som kan uppstå vid produktanvändningen. H:s test är inte jämförbart med det test regionen utförde.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av utvärderingsunderlaget framgår att Västra Götalandsregionen ansett att nWises produkter för produktgrupperna Totalkonversation A och B inte uppfyller skall-krav 64 och 65 i kravspecifikationen. Skall-krav 64 innebär ett krav på att fördröjningen från inmatning/sändning till presentation/inmatning av tecken inte får överstiga 1 sekund. Skall-krav 65 innebär ett krav på att sändning av tecken ska ske på ett sådant sätt att det upplevs att kommunikation sker i realtid. Västra Götalandsregionen har som motivering till att nWises produkter inte uppfyllt skall-krav 64 angivit ”Tid upp till 8 sekunder” och som motivering till skall-krav 65 angivit ”Fördröjning

vid teckensändning. För många ”skräptecken” för att text ska kunna utläsas”.

Av utvärderingsunderlaget framgår vidare att Västra Götalandsregionen ansett att nWises produkt för produktgruppen Totalkonversation C inte uppfyller skall-krav 36. Detta skall-krav lyder ”Mjukvaruuppdatering får inte innebära att interoperabilitet som tidigare funnits med andra upphandlande enheter eller tidigare versioner av den egna enheten förloras. Kravet på interoperabilitet gäller mot enheter som är under fem år gamla. I bilaga ”HI-sortiment” framgår vilka enheter som tidigare upphandlats”. Västra Götalandsregionen motivering till sitt ställningstagande är ”Produkt fungerar inte med angivna produkter (testad bl.a. mot Allan eC) i HI’s Sortiment. Bild blir helt svart alternativt bild visas i fyrkanter på egen/motparts skärm. Test har utförts på offererade produkter i VGR’s lokaler samt i hemmiljö. Anbudsgivaren kunde inte heller uppnå full funktionalitet vid visningstillfället”.

Kammarrätten har först att ta ställning till om nWises produkter lever upp till de ovan angivna funktionalitetskraven.

Kammarrätten finner till att börja med att skall-krav 36, på ett tillräckligt tydligt sätt, får anses innehålla ett krav på interoperabilitet redan vid anbudstillfället.

Det åligger den leverantör som hävdar att en upphandlande myndighet har agerat i strid mot LOU att göra sannolikt att så är fallet.

Västra Götalandsregionen har varken vid teststillfället då nWise närvarade eller vid senare utförda tester fått produkterna att fungera i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget. nWise har därefter inkommit med ett testprotokoll från HI, av vilket framgår bl.a. följande. nWises produkt myMMX Videotalk, version 5.0.17.8197, har använts för att ringa upp en analog texttelefon, Diatext 4. Uppringning från Diatext 4 till myMMX Videotalk testa-

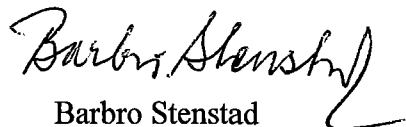
des även det med gott resultat. myMMX Videotalk har vid samtalet använt enbart analog telefonlinje och produktens inbyggda modem. Vid testet användes enbart textkommunikation (dvs. inte med tala-direkt) och överföring av tecken sker utan märkbara störningar, i realtid och utan större fördröjningar (mindre än en sekund). myMMX Touch, version 5.0.17.8197, ringer med bild, ljud och text i samtal till och från myMMX, Allan eC och TM-9000. Vad gäller produkten Allan eCpad sker dock ingen textkommunikation. Enligt uppgift från tillverkaren Omnitor AB framgår att eCpad endast kan skicka och ta emot text om kommunikation sker med terminaler som är registrerade på domänen sip.nu, vilket myMMX Touch inte var vid det aktuella tillfället. Kommunikationen till och från myMMX och TM-9000 sker i realtid. Vid samtal mellan Allan eC och myMMX Touch skickar MMX text i realtid till Allan eC, medan Allan eC inte skickar text förrän avsändaren trycker på "Enter" eller avbryter att skriva under cirka tre sekunder.

Av HI:s testprotokoll framgår således att nWises produkter vid HI:s test levde upp till de krav som ställts på produkten i upphandlingen och som Västra Götalandsregionen underkänt. Västra Götalandsregionen har inte haft några invändningar mot innehållet i testprotokollet. Mot bakgrund härav samt då det inte finns någon dokumentation över utförda tester hos regionen eller någon information om testmiljön finner kammarrätten att nWise gjort sannolikt att de offererade produkterna innehåller efterfrågad funktionalitet. Det var således felaktigt av Västra Götalandsregionen att utesluta nWise från vidare utvärdering. Anbudens avseende produktgrupperna Totalkonversation A, B och C skulle därför ha utvärderats vidare av Västra Götalandsregionen.

Vad därefter gäller nWises påstående att felaktigt pris utvärderats avseenden av Raftech offererade produkten för Totalkonversation C delar kammarrätten förvaltningsrättens bedömning att nWise inte gjort sannolikt att regionen agerat fel. Någon anledning till ingripande med anledning härav föreligger således inte.


Det av kammarrätten konstaterade fel som begåtts av Västra Götalandsregionen påverkar inte upphandlingens konkurrensuppsökande skede, varför det är tillräckligt att upphandlingen rättas.

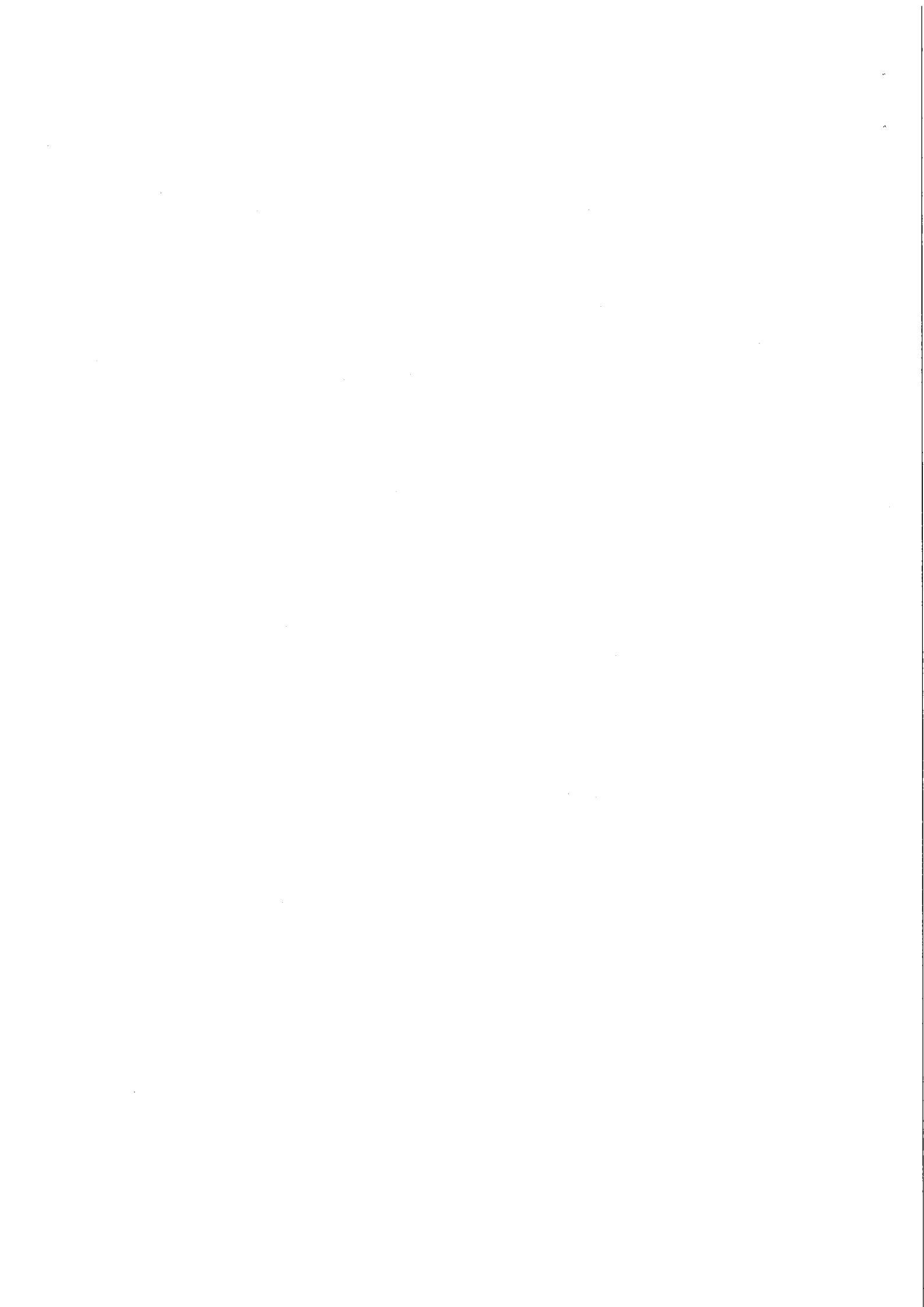
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Barbro Stenstad


Birgitta Henriksson


Lennart Berglund
referent


/Marie Andersson





AB11

Bilaga A

SÖKANDE

1. Europea i Malmö AB, 556464-0323
Amiralsgatan 20
211 55 Malmö

2. nWise AB, 556755-0354
S:t Olofsgatan 33 B, 2 tr
753 30 Uppsala

Ombud för 2: Advokat Kristian Pedersen och jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Europea i Malmö AB:s yrkande om att inhämta
yttrande från HI.

Förvaltningsrätten avslår såväl Europea i Malmö AB:s som nWise AB:s
ansökan om överprövning.

Avdelning 1

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (regionen) har genomfört en upphandling av "Text- och bildtelefoner samt programvaror för totalkonversation", dnr SN 377-2010. Öppet förfarande har tillämpats. Upphandlingen har varit uppdelad i produktgrupperna texttelefon, text IP, bildtelefon, total konversation A, totalkonversation B och totalkonversation C.

Två bolag, nWise AB (nWise) och Raftech, har lämnat anbud. Raftechs anbud avser samtliga kategorier och nWise avser samtliga kategorier undantaget texttelefon. Europea i Malmö AB (Europea) har inte lämnat något anbud.

Av tilldelningsbeslut den 21 december 2011 framgår att avtal ska tecknas med nWise avseende produktgrupp text IP och med Raftech avseende produktgrupp bildtelefon och totalkonversation A, B och C.

YRKANDEN M.M.

Europea yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till grund för yrkandet anför bolaget att regionen har utformat ett förfrågningsunderlag som strider mot LOU:s krav på likabehandling och öppenhet samt att vissa av kraven i förfrågningsunderlaget är oproportionerliga. Redovisade brister har medfört att Europea frångått möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud varigenom Europea lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada. Europa yrkar också, för det fall regionen inte vitsordar resultatet från HI:s test avseende Raftechs skallkravsuppfyllelse, att förvaltningsrätten inhämtar ett officiellt yttrande från HI.

Avdelning 1

nWise yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, i den del som avser produktgrupperna Totalkonversation A, B och C, får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid nWise anbud ska tas upp till utvärdering. Vid den nya anbudsutvärderingen ska vidare rättelse ske på så sätt att samtliga kostnader förenade med den av Raftech offererade produkten för totalkonversation C tas med vid beräkningen av Raftechs utvärderingspris. Till grund för yrkandet anför nWise att regionen har brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen genom att felaktigt förkasta nWise anbud som uppfyller samtliga ställda skall-krav. Vidare har regionen inte tagit hänsyn till samtliga kostnader för Raftechs produkt vilket medfört en sämre placering för nWise än vad som annars hade blivit fallet. nWise har till följd härav lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada.

Regionen yrkar att Europas och nWises ansökningar ska avslås och anför att regionen inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller några andra bestämmelser i LOU.

GRUNDER M.M.

Europea utvecklar sin talan och anför i huvudsak följande.

Text IP

Under punkten 43 i kravspecifikationen för denna produktgrupp anges att "Fördröjningen från inmatning/sändning till presentation/mottagning av tecken får inte överstiga 1 s". – För att man ska kunna skicka text via IP krävs att man har ett realtidstextprotokoll. Realtidstextprotokollet sätter gränsen för hur snabbt information kan skickas. På marknaden finns två olika realtidstextprotokoll, SIP- Message RFC3428 (SIP) och T.140/RFC4103 (T.140). Samtliga bildförmedlingstjänster för döva i Skandinavien använder sig av SIP. Protokollet T.140 är dock det enda på

Avdelning 1

den svenska marknaden som klarar av att uppfylla skall-kravet att text ska överföras inom en sekund. Hjälpmedelsinstitutet (HI) har därför i sina rekommendationer tidigare haft ett undantag för SIP från detta skall-krav. – Omnitor använder sig av protokoll T.140. Skall-kravet är därför uppställt så att endast Omnitors produkter ska klara kravet. Att uppställa ett skall-krav som utestänger alla leverantörer utom en, dessutom den befintliga, strider mot likabehandlingsprincipen. – Vidare måste kravet anses oproportionerligt. Denna bedömning förändras inte oavsett om ytterligare leverantörs produkt möjligen skulle uppfylla kravet. Syftet med kravet är att användaren ska uppleva konversationen som realtidskommunikation, vilket kan uppnås även om fördröjningen något överstiger en sekund.

Bildtelefon

Under punkten 28 i kravspecifikationen för denna produktgrupp anges "Möjlighet för patienten att ändra typsnitt, storlek och färg på text och färg på bakgrund i textfönster eller motsvarande ska finnas". – Den aktuella produktgruppen avser bildtelefoner och konversationen sker följaktligen via bildöverföring. De personer som använder sig av denna typ av telefon kommunicerar vanligtvis med varandra på teckenspråk. – En bildtelefon ska, enligt HI:s och European Telecommunications Standards Institute (ETSI):s definition, inte behöva kunna hantera överföring av text. På det sätt regionen nu uppställt skall-kravet avser det en totalkonversationsenhet, d.v.s. en som omfattar bild, ljud och text. Syftet med att ha olika kategorier är att användarna av de olika produkterna har olika behov och förutsättningar. Om kraven för de olika produkterna är desamma hade regionen inte behövt dela in dem i olika kategorier. Vid en utformning av förfrågningsunderlaget på detta sätt uppkommer bristande transparens. – Genom att uppställa ett krav av detta slag utesluts också leverantörer av mer individanpassade produkter och utsatta grupper av användare fråntas möjligheten att använda sig av produkter av typen enkel bildtelefon, d.v.s. inte en datorbaserad. – Orsaken till att regionen har ställt upp krav om att man ska

Avdelning 1

kunna ändra färg på bakgrund, typsnitt osv. är att Rafttech i varje produktområde erbjuder datorer från Omnitor där dessa egenskaper finns. – Det kan inte anses motiverat att ställa krav på hantering av text på en bildtelefon. Kravet strider därför mot proportionalitetsprincipen.

Totalkonversationsenhet

Under punkten 42 i kravspecifikationen för denna produktgrupp anges "Minst 48 tecken per rad ska kunna visas samtidigt". Även detta krav avviker från HI:s rekommendationer som anger att minst två textrader och minst 64 tecken ska kunna visas samtidigt. De flesta totalkonversationsenheter på marknaden klarar detta krav, dock inte Omnitors produkt "Allan eCPad". Omnitors produkt klarar istället precis det ställda kravet om 48 tecken per rad. Det bör också nämnas att detta krav aldrig tidigare varit så lågt ställt. Att sänka den rekommenderade standarden för att det ska passa Omnitors produkt, utan någon som helst godtagbar anledning, strider mot likabehandlingsprincipen. Att sänka kravet på detta sätt kan inte heller anses ligga i brukarnas intresse.

Under punkten 44 och 60 i kravspecifikationen för denna produktgrupp anges "Man ska kunna gå tillbaka och lokalt läsa minst 10 000 tecken i texten". Regionens krav skiljer sig i detta avseende dramatiskt från vad som är standard i branschen (HI rekommenderar minst 320 tecken) och vad som är skäligt att ställa som krav. Även i denna del har regionen helt struntat i HI:s rekommendationer och istället hittat på egna skall-krav som *råkar* gynna endast Omnitors produkter. Kravet måste också anses oproportionerligt eftersom sannolikheten att man ska behöva gå tillbaka så långt som 10 000 tecken för att titta på vad man skrivit är försvinnande liten.

Under punkten 4, "Funktion och användarkrav", sidan 5 i kravspecifikationen anges "Produkten ska innehålla både analog texttelefon och IP-buren texttelefoni, vilket gäller för undergrupp a och b". Regionen har, med an-

Avdelning 1

ledning av fråga härom, bekräftat att kravet innebär att det ska gå att ansluta produkten till analogt telefonuttag såväl som ha tillgång till gateway för texttelefonsamtal mot analoga telefnät. – Tanken med en totalkonversationsenhet är att den ska kunna kommunicera med alla andra typer av text- och bildtelefoner samt totalkonversationsenheter oavsett om de är analoga eller digitala. Så länge detta syfte uppfylls finns det ingen anledning att kräva att en totalkonversationsenhet ska vara utrustad med en analog telefonkoppling. Huvudsaken är att användningsområdet inte begränsas. Regionen har inte ställt samma krav på övriga produkter i upphandlingen, vilket är märkligt. Det ifrågasätts också att brukarna skulle vara intresserade av att betala för två olika abonnemang. Att ställa krav på en analog koppling är därmed orimligt, motsägelsefullt och oproportionerligt. I sammanhanget förtjänar också nämnas att Telia planerar att släcka ner det analoga nätet 2015 vilket ytterligare medför ett ifrågasättande av meningen med uppställandet av kravet. – Genom att ställa krav på analog koppling utesluter regionen således kvalitetsprodukter från marknaden samtidigt som man möjliggör för Omnitors produkter att bibehållas trots en sämre produkt med gammal teknik.

Avseende förfrågningsunderlagets utformning kan sammanfattningsvis nämnas att det på marknaden idag bara finns tre leverantörer som konkurrerar med varandra. Genom de krav som uppställts i den nu aktuella upphandlingen, vilka gynnar de produkter som tillhandahålls av Omnitor, som varit den enskilt största leverantören i regionen det senaste decenniet, minskas den redan begränsade konkurrensen, snarare än ökar den.

Regionen har också under punkten 2.1 ”Alternativa produkter”, sidan 4 i kravspecifikationen, angivit bl.a. att anbudsgivare till anbudet kan bifoga alternativa produkter inom respektive produktområde A till D samt att dessa alternativa produkter kan kompletteras till vinnande anbud och läggas till i avtal om behov finns. Vidare framgår att dessa produkter inte

Avdelning 1

kommer att utvärderas. Ett sådant upplägg möjliggör för regionen att kringgå LOU. En leverantör kan härigenom offerera väldigt billiga produkter i upphandlingen och sedan föra in dyrare produkter under alternativa produkter. Ett sådant förfarande medför också brister i transparens då det inte klart framgår vad som upphandlas.

Härutöver vill Europea påtala att varken Raftechs eller nWise anbud uppfyller samtliga ställda skall-krav. Raftechs och nWise anbud uppfyller inte kraven under punkten 5 "Dokumentation för utvärdering av anbud" i kravspecifikationen samt skall-krav 29-30 för bildtelefon och totalkonversation samt 23-24 för IP-baserad texttelefon, genom att installationsanvisningarna eller brukarinformationen inte är på svenska. Vidare saknas svensk text på och vid knappar och reglage samt svenskt språk i användarsnitt som är textbaserade. – Vid tester utförda av HI har också kunnat konstateras att varken de av Raftech eller nWise offererade produkterna kommunicerar i realtid med varandra. Den av Raftech offererade produkten skickar text först när man inte skrivit på en stund. – Under punkten 2 "Anbudspriser – kommersiella villkor", sidan 3 i kravspecifikationen anges "Offererat pris avser FULL funktionalitet d.v.s. samtliga produkter och tjänster som ingår skall listas i Svarsbilagan i respektive flik". Vidare framgår av punkten 21 i kravspecifikationen för totalkonversation, samtliga kategorier, bl.a. att under produktens livslängd ska nödvändig brandväggstraversering ingå i enheten utan extra kostnad. Om brukare inte får bild, ljud och text att fungera rekommenderar Omnitor att man i vissa fall byter router/modem. I andra fall fungerar inte det. Enda lösningen för att kringgå problemet med brandväggar och routrar är att använda sig av Proxy-servrar. Omnitor har delat upp sina Proxy-servrar till "Passage Light" och "Passage Pro". Svåra brandväggar och routrar kan behöva Pro och vissa brandväggar Light, oavsett var de används. Av Raftechs anbud framgår att "viss kostnad tillkommer" för Passage Pro, utan att närmare specificera hur mycket som till-

Avdelning 1

kommer. Raftech uppfyller härigenom inte kravet på full funktionalitet samt att nödvändig brandväggstraversering ska ingå.

Regionen anför i huvudsak följande avseende Europeas framförda argumentation.

Text IP

Det uppställda kravet om överföring på en sekund är proportionerligt och uppfylls också av bägge de två bolag (Raftech och nWise) som lämnat anbud.

Bildtelefon

Regionen har uppställt kravet att bildtelefonen ska hantera text utifrån vad man anser nödvändigt för att kunna leva upp till de krav som brukarna har på produkten. Denna frihet har regionen, oberoende av HI:s skiljelinje avseende vilka kategorier man vill dela in produkterna i. Det är viktigt att i bild kunna verifiera korta meddelanden i text i fall brukare inte kan uppfatta tecknen. Kravet är således inte utformat för att utesluta leverantörer eller hämma konkurrensen.

Totalkonversationsenhet

Kravet att totalkonversationsenheten ska visa 48 tecken per rad samtidigt leder till att fler leverantörer kan lämna anbud och är således fördelaktigt ur konkurrenshänseende och inte i strid med likabehandlingsprincipen.

Kravet att kunna gå tillbaka minst 10 000 tecken i texten är också det utformat med brukarnas intresse främst. Det är också minst två leverantörer som uppfyller detta krav och alltså inte, som Europea gör gällande, endast Omnitors produkt.

Avdelning 1

Vad avser kravet att produkten ska innehålla både analog texttelefon och IP-buren texttelefoni är inställningen även här att det ur ett brukarperspektiv krävs att produkten är utrustad med en analog telefonkoppling. Produkten kommer att användas av brukare som bor på glesbygden där det digitala nätet kan ligga nere och där det finns områden med dålig mobiltäckning. För brukarna är det en trygghet att ställa krav på analog back-up för att exempelvis ringa nödsamtal. Detta är således, utifrån upphandlingens art, ett relevant krav att ställa som inte heller strider mot likabehandlingsprincipen. Kravet är också ställt utifrån de förhållanden som råder idag och det är av denna anledning inte relevant att det analoga nätet eventuellt kommer släckas ner i framtiden.

Sammanfattningsvis är förfrågningsunderlaget således inte utformat för att särskilt gynna någon enskild leverantör utan utformat utifrån de krav som regionen ur ett brukarhänseende anser bör ställas på de aktuella produkterna. I sammanhanget bör noteras att de rekommendationer som HI och ETSI utformar är just rekommendationer och att det står regionen fritt att utforma skall-kraven utifrån de behov och krav som brukarna har vid användandet av de aktuella produkterna.

Europeas påstående att Raftech och nWise inte uppfyller samtliga skallkrav är felaktigt. – Såväl Raftech som nWise uppfyller ställda skallkrav eftersom installationsanvisningar och brukarinformation är på svenska precis så som efterfrågas i skallkravet. Bägge uppfyller vidare kravet på svensk text på och vid knappar och reglage samt svenskt språk i användargränssnitt som är textbaserade. Vidare fungerade, vid testillfället, kommunikationen mellan av Raftech och nWise offererade produkter enligt uppställt krav på maximal fördröjning om en sekund och de routrar som behövs för fullständig brandväggstraversering ingår i det av Raftech offererade priset och produkterna i anbudet är således offererade med full funktionalitet.

Avdelning 1

Avseende kritiken kring möjligheten att enligt punkten 2.1 lämna alternativa produkter kan sägas följande. Regionen har kravställt de funktioner som varit viktigast ur ett brukarperspektiv och utvärderat dessa. Regionen måste också kunna offerera brukare med särskilda behov produkter av högsta kvalitet. Att kravställa och utvärdera alla varianter som finns är emellertid omöjligt och skulle dela till en mycket resurskrävande utvärdering.

nWise utvecklar sin talan och anför i huvudsak följande.

Av utvärderingen framgår att regionen ansett att nWises produkt för produktgrupperna A och B inte uppfyller skall-krav 64 och 65 i kravspecifikationen. Krav 64 innebär ett krav på att fördröjning från inmatning/sändning till presentation/mottagning av tecken inte får överstiga en sekund. Krav 65 har lydelse "Sändning av tecken ska ske på ett sådant sätt att det upplevs att kommunikationen sker i realtid (meningsbaserad textöverföring innebär inte kommunikation i realtid)". – Som motivering till att nWise inte uppfyllt kraven har angivits "tid upp till 8 sekunder" och "fördröjning vid teckensändning. För många "skräptecken" för att text ska kunna utläsas". - Eftersom nWise inte känner till hur, eller ens om, testning har skett är det svårt att spekulera i varför regionen misslyckats med sin testning. Faktum är dock att produkterna fungerar när de används på korrekt sätt och att de då uppfyller samtliga funktionskrav vilket också framgår av oberoende testning utförd av HI på bolagets begäran med anledning av regionens kritik. Bristerna är således inte hänförliga till bolagets produkt. Det är anmärkningsvärt att testprotokoll eller annan dokumentation saknas.

Avdelning 1

För produktgrupp C har i utvärderingen angivits att nWise produkt inte uppfyller skall-krav 36 vars lydelse är "Mjukvaruuppgradering får inte innebära att interoperabilitet som tidigare funnits med andra upphandlade enheter eller tidigare versioner av den egna enheten förloras. Kravet på interoperabilitet gäller mot enheter som är under fem år gamla. I bilaga "HI-sortiment" framgår vilka enheter som tidigare upphandlats". - Regionen har ansett att den produkt nWise offererat inte uppfyllt uppställt krav för att den inte fungerat med angivna produkter i HI:s sortiment. – Det test som regionen valt att genomföra är dock irrelevant för bedömningen av om det aktuella kravet är uppfyllt och kan därför inte läggas till grund för bedömningen att nWise produkt inte uppfyller kravet. Det är först efter att en mjukvaruuppdatering skett som kravuppfyllelse i denna del kan testas. Dessutom är det så att även för det fall kravet inte skulle varit kopplat till mjukvaruuppgradering utan mer allmänt avse interoperabilitet med produkterna på HI:s lista uppfyller bolagets produkt även detta krav eftersom den är godkänd av HI och fungerar tillsammans med samtliga produkter på listan. Härutöver kan nämnas att det av den ovan åberopade oberoende testningen utförd av HI framgår att produkten på samtliga de punkter där regionen riktar kritik uppfyller funktionskraven. Den enda punkt på vilken full kommunikation inte kunnat upprättas är vid användning av produkten mot Allan eCpad. Det framgår emellertid också att detta inte beror på den av nWise offererade produkten utan på att Allan eCpad inte fungerar mot produkter som inte är registrerade på domänen sip.nu.

nWise har också kunnat konstatera att prisutvärderingen av Raftechs anbud för prisgrupp Totalkonversation C har skett på ett felaktigt sätt såtillvida att samtliga kostnader för den offererade produkten inte tagits med vid utvärderingen. – Raftech har offererat produkten Omnitor Allan eCPad, total konversation och för denna ett pris om 11 000 kr. Av kravspecifikationen framgår ett skall-krav innebärandes att bilden ska fylla ut minst 80 procent av skärmen. För att den av Raftech offererade produkten ska uppfylla detta

Avdelning 1

krävs att ett externt tangentbord används. I annat fall kommer bildstorleken att minskas för att tangentbord genom touchfunktion på skärmen ska kunna användas. Av prislistan till Raftechs anbud framgår att ett externt tangentbord för den aktuella produkten offereras för 1 350 kr. För att den av Raftech offererade produkten ska vara fullständig och uppfylla samtliga skall-krav krävs således att även denna kostnad räknas med i utvärderingen. nWise har offererat ett pris som med påslag för bör-krav getts utvärderingspriset om 11 614 kr och hade således, vid en korrekt utvärdering, tilldelats första plats i rangordningen även för denna produktgrupp.

Regionen anför i huvudsak följande avseende av nWise framförda argumentation.

För produktgrupp Totalkonversation A och B genomfördes, för att prova produktens funktionsduglighet, tester i lokal som Habilitering och Hälsa dagligen använder som testlokal. All den övriga texttelefonutrustning som används i det dagliga arbetet finns tillgänglig i lokalerna. I dessa lokaler används en analog linje, som inte går via telefonväxel, som Habilitering och Hälsa använder för alla produkter som kräver analog telefoni. Samtliga andra produkter fungerar och detta utan att speciell tekniker behövde kallas in. – När nWise skulle testa sin produkt i anvisade lokaler fungerade inte produkten. Det visade sig att nWise inte kunde koppla upp sin produkt till den linje som användes och på så sätt uppnåddes inte full funktionalitet. Regionen försökte även efter nWise förevisat sina produkter att koppla upp dessa i samma lokal utan att det fungerade. Personal tog också med sig produkten hem för att testa i hemmiljö men inte heller där fungerade produkten. De personer som utfört testerna är personal som dagligen arbetar med produkterna och som är kunniga och kompetenta i att använda produkten på rätt sätt. Att fråga skulle vara om handhavandefel är således uteslutet. Mot bakgrund av att den offererade produkten inte fungerade vid

Avdelning 1

testtillfället kan inte heller uteslutas att brukarna skulle kunna bli lidande och/eller utsättas för risker p.g.a. en otjänlig produkt.

Vad gäller kravet på interoperabilitet (krav 36) är regionens mening att detta ska tolkas så att produkten utan problem ska fungera idag och att den även i framtiden vid mjukvaruuppdateringar ska fungera. Brukarna använder sig huvudsakligen av domänen sip.nu när de kopplar upp sig. Också andra verksamheter, exempelvis Förmedlingstjänst, använder sig av sip.nu. Ytterligare kommentar kan regionen inte ge. De för branschen interna meningsskiljaktigheterna som finns rörande vilket protokoll som ska användas kan regionen inte kommentera. Vid test mot bl.a. Allan eC och TM 9000 fungerade inte nWise produkt. Produkten testades när anbudsgivaren var närvarande och därmed också delaktig i resultatet. Att den offererade produkten fungerar är vidare ett helt rimligt krav att ställa.

Avseende påstående kring att felaktigt utvärderingspris används kan sägas att i det av nWise angivna priset ingår trådbundet tangentbord som uppvisades vid test. Priset om 11 000 kr kvarstår således. Det tangentbord som nWise refererar till är ett trådlöst tangentbord som kan beställas vid behov.

DOMSKÅL

Tillämpliga bestämmelser

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har

Avdelning 1

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).

Förvaltningsrättens bedömning

Europea

Europea har i första hand gjort gällande att förfrågningsunderlaget är utformat på ett sådant sätt att det strider mot de grundläggande principerna i LOU och då främst principerna om proportionalitet, transparens och likabehandling.

Principerna om transparens och likabehandling innebär bl.a. att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning och att förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt formulerat samt innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än vad som krävs för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs på leverantören måste således ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Detta för att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte ska begränsas mer än nödvändigt.

Förvaltningsrätten har vid en bedömning av aktuella delar i förfrågningsunderlaget inte kunnat finna att detta brister i transparens eller likabehandling. Samtliga de nu aktuella kraven redovisas tydligt för respektive område och inte heller finns uppgifter som tyder på att någon särbehandling vid anbudslämnandet har skett.

Fråga återstår härmed om de krav som uppställts är proportionerliga i förhållande till vad som upphandlas. Det är i denna del som Europeas huvud-

Avdelning 1

sakliga kritik ligger. Europea menar att de krav som uppställts är utformade för att passa nu befintlig leverantör och dessutom att kraven avviker från vad som är brukligt att efterfråga.

Regionen har mot detta anfört att samtliga krav är utformade utifrån ett brukarperspektiv och beskrivningar av brukarnas behov har också lämnats.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att, så länge de grundläggande principerna för upphandling inte träds för när har den upphandlande myndigheten en stor frihet att uppställa de krav som denna finner nödvändiga och rimliga. Förvaltningsrätten kan mot bakgrund härav samt med hänsyn till av regionen lämnade förklaringar inte göra annan bedömning än att de krav som uppställts kring de aktuella produkterna är rimliga och att de inte strider mot proportionalitetsprincipen.

Avseende invändningen kring möjligheten att till anbudet kunna bifoga alternativa produkter inom respektive produktområde konstaterar förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget framgår att någon utvärdering av dessa produkter inte kommer att ske. Vidare har bolaget inte på något sätt gjort gällande hur denna omständighet inverkat på dess möjlighet att lämna anbud. Skäl för åtgärd med stöd av LOU föreligger härmed inte.

Europea har härutöver gjort gällande en bristande skallkravsuppfyllelse i de anbud som lämnats av Raftech och nWise. En förutsättning för åtgärd enligt LOU är – som nämnts ovan – att Europea lidit, eller riskerat, att lida skada. Europea har inte lämnat något anbud och har inte heller gjort gällande på vilket sätt en eventuell bristande skallkravsuppfyllelse avseende befintliga anbud medför en skada för Europea. Mot bakgrund härav saknas skäl för förvaltningsrättens prövning i denna del och Europeas ansökan om överprövning ska härmed avslås.

Avdelning 1

Vid en bedömning enligt ovan anser förvaltningsrätten att det saknas anledning att inhämta av Europea åberopat officiellt utlåtande. Yrkandet härom avslås därför.

nWise

nWise har yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, i den del som avser produktgrupperna Totalkonversation A, B och C, får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförts varvid nWise anbud ska tas upp till utvärdering. Vid den nya anbudsutvärderingen yrkar nWise vidare att rättelse sker på så sätt att samtliga kostnader förenade med den av Raftech offererade produkten för totalkonversation C tas med vid beräkningen av Raftechs utvärderingspris.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav.

nWise argumentation inriktar sig främst på att regionen vid kvalificeringsfasen på felaktiga grunder har uteslutit nWise från att gå vidare till utvärderingsfasen. Några invändningar mot förfrågningsunderlagets utformning som sådan har enbart framförts avseende skall-krav 36 för produktgrupp C avseende interoperabilitet där nWise gör gällande en viss oklarhet i rimligheten och innebörden av kravet.

Regionens bedömning att utesluta nWise anbud i aktuella delar grundar sig på att bolagets produkt vid tester inte visat sig uppfylla uppställda skall-krav. Annat har inte framkommit i målet än att de personer som utfört testerna av

Avdelning 1

de aktuella produkterna har bestått av personer som haft kompetens och erfarenhet av efterfrågade produkter och det har inte heller framkommit någon omständighet som talar för att expertgruppens bedömningar inte skulle vila på saklig och opartisk grund. Även om det finns vissa oklarheter kring vad som förekom vid presentationen av bolagens produkter och utrustning föreligger inte sådana brister att den enligt förvaltningsrättens mening måste göras om. Härtill kommer att det även av de av HI utförda testerna framgår viss osäkerhet kring offererad produkts funktionalitet utifrån efterfrågade krav.

Avseende kravet på interoperabilitet anser förvaltningsrätten vidare att den språkliga utformningen av kravet hade kunnat vara tydligare. Av praxis framgår emellertid att även inte helt optimalt utformade förfrågningsunderlag får godtas under förutsättning att de principer som bär upp bl.a. lagen om offentlig upphandling inte träds för när (jmf RÅ 2002 ref. 50). I nu aktuella mål har bolaget emellertid inte visat att man – oavsett tolkning av innebörden av kravet – uppfyller detsamma. Härmed har den brist som eventuellt föreligger i tydlighet inte inverkat på bolagets möjlighet att gå vidare till utvärdering. Mot denna bakgrund saknas anledning att besluta om åtgärd enligt LOU.

Inte heller beträffande nWise påstående att felaktigt pris utvärderats avseende den av Raftech offererade produkten för totalkonversation C anser förvaltningsrätten att bolaget visat att regionen agerat fel eftersom det i offererat pris, såvitt framgår, ingår de delar som krävs för en fullständig produkt .

Vid en bedömning enligt ovan anser förvaltningsrätten att nWise ansökan om överprövning ska avslås.

Avdelning 1

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Johanna Rössberger.

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.

