

KLAGANDE

Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaterna Lisa Stevander och Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPARTER

1. Etac Sverige AB, 556203-2879
Kista Science Tower
164 51 Kista

2. Invacare AB, 556050-1313
c/o Johan Eriksson
Thomas Möller
Box 66
163 91 Spånga

3. Permobil Försäljning och Service AB, 556126-1891
Box 120
861 23 Timrå

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Jönköpings län dom den 23 januari 2008 i mål nr 2541-07, 2543-07 och 2655-07, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Landstinget i Jönköpings län yrkar att kammarrätten ska upphäva länsrättens dom. Landstinget anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i full överensstämmelse med 1 kap. 4 § LOU. Frågan huruvida landstinget ägt rätt att avtalsvis ställa krav på anslutning till Hinfo innebär en överprövning av vilken produkt/tjänst som landstinget har valt att upphandla, vilket faller utanför LOU:s ramar. Vidare torde krav på anslutning till olika former av informationshanteringssystem vara allmänt före-

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Länsrätten
- Allmänna ombudet
- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

Konkurrens ✓

kommande vid upphandlingar och krav på anslutning till Hinfo är mycket vanligt förekommande vid svenska upphandlingar av produkter inom hjälpmedelsområdet. Det är till och med så att det finns en framtagen mall som hänvisar just till krav på anslutning till Hinfo. Olika hjälpmedelscentraler har även uttryckt önskemål om anslutning till Hinfo vilket underlättar deras arbete. Över 95 procent av de upphandlande enheterna är anslutna till Hinfo och använder sig av denna databas. En anslutning till Hinfo syftar dels till att landsting skall kunna ha överblick över artikel-, pris- och avtalsuppgifter men även till att landstingen får tillgång till sökfunktioner, beställningsfunktioner och att föra över leverantörens uppgifter i egna lagersystem. Det finns inget annat system på marknaden som erbjuder Hinfos funktioner och således kan det syfte som uppnås genom Hinfo inte tillgodoses på mindre ingripande sätt. Motparternas påstående om att det skulle krävas en till två heltidsanställda för att administrera Hinfo kan inte avse endast administrationen av uppgifter i denna upphandling. Den information som läggs in i Hinfo är av engångskaraktär.

Etac Sverige AB och Invacare AB (motparterna) bestrider bifall till landstingets yrkande och vidhåller sina ståndpunkter med bl.a. följande tillägg. Hinfo är inte alls så etablerat som landstinget påstår. Endast 1,2 procent av dem som förskriver hjälpmedel använder sig av Hinfo. Att vara ansluten till Hinfo kräver såväl en stor arbetsinsats med att föra in alla specifika hjälpmedel med alla tillbehör som en arbetsinsats då leverantören kontinuerligt måste uppdatera uppgifter, d.v.s. det rör sig inte om en arbetsinsats av engångskaraktär. Produktbeskrivningarna på leverantörernas hemsida ger en fullständig och korrekt bild av produkterna vilket Hinfo inte gör. Idag förekommer upphandlingsavtal med mindre tvingande alternativ genom att leverantören skickar in prislister och produktinformation i digitalt format samt att ytterligare information finns på leverantörernas sidor. En anslutning till Hinfo är därför inte nödvändig. Det finns mindre ingripande alternativ att förse upphandlande myndigheter med information än ett "skall-krav" med anslutning till Hinfo. Såväl länsrätt som kammarrätt har i tidigare avgöranden konstaterat att kravet

på anslutning till Hinfo strider mot gällande lagstiftning. Frågan kan ställas om landstinget är opartiskt vad gäller kravet på anslutning till Hinfo. Man kan vidare få intrycket av att Hinfo är en angelägenhet för rikets samtliga landsting, så är dock inte fallet.

Permobil Försäljning och Service AB har inte svarat i målet.

Kammarrätten har inhämtat ett yttrande från Konkurrensverket. I yttrandet redogör Konkurrensverket för gällande rättsläge och för sina överväganden i målen vilka enligt praxis kan göras i tre steg. Därtill anför Konkurrensverket bl.a. följande. Rent generellt kan sägas att det i sig torde vara förenligt med LOU att i en offentlig upphandling ställa krav både på varans beskaffenhet och egenskaper och villkor rörande varans hantering i ett system. Det är inte ovanligt att krav ställs på att föremålet för upphandlingen är kompatibelt med den upphandlande enhetens befintliga system eller befintlig utrustning. Landstingets syfte med det uppställda villkoret synes vara att skapa en enkel och rationell hantering vilket enligt landstinget skulle underlätta och förenkla för landstingets inköpare, något som Konkurrensverket inte finner skäl att ifrågasätta. Huruvida landstinget kan uppnå sitt syfte på ett mindre ingripande och transparent utformat krav måste avgöras utifrån de faktiska omständigheterna i målet. I upphandlingsunderlaget ges inte någon möjlighet för en enskild anbudssökande att i det konkreta fallet visa på något alternativ, exempelvis sin hemsidas utformning och sökbarhet m.m. Enligt vad som framgår av handlingarna finns det inte något liknande informationssystem. Ytterligare utredning i målet saknas dock vad gäller möjligheten att använda sig av mindre ingripande alternativ. Vidare utesluter inte kravet på anslutning i sig någon anbudssökande även om det kan ligga nära till hands att anta att villkoret gör att ett antal anbudssökanden avstår från deltagande i upphandlingen med hänsyn till de kostnader som villkoret medför vilket leder till minskad konkurrens. Fördelarna med Hinfo-systemet måste jämföras med de ekonomiska konsekvenser som kravet medför för den enskilde leverantören. Härtill bör beaktas faktorer såsom brist på förutse-

barhet vad gäller de ekonomiska konsekvenserna för leverantören att ingå avtalet och den risk som leverantören löper för att bli uppbunden av informationsmatning m.m. utan att några avrop görs. Om bedömningen görs att kravet på Hinfo-anslutning är proportionerligt får det anses godtagbart att ställa krav på avtalets fullföljande genom de vites- och hävningsklausuler som anges i upphandlingsunderlaget. En proportionalitetsbedömning får dock göras även i detta fall. Sammantaget får en bedömning av omständigheterna och bevisningen i målet göras för att avgöra huruvida anslutningskravet uppfyller de kriterier som uppställts i praxis.

Ytterligare skriftväxling har förekommit i målen.

DOMSKÄL

Aktuella bestämmelser och relevanta förarbetsuttalanden framgår av länsrättens dom.

Det som kammarrätten har att ta ställning till i målen är huruvida landstingets uppställda ”skall-krav” att den vinnande leverantören ska vara ansluten till det databaserade informationssystemet Hinfo strider mot reglerna i LOU samt huruvida de uppställda vites- och hävningsklausulerna i anslutning härtill är godtagbara.

Kammarrätten ansluter sig till länsrättens slutsats i den del som rör landstingets invändning om att anslutningen till Hinfo skulle vara en del av vad som upphandlas och att kravet på anslutning till Hinfo därmed inte skulle kunna överprövas.

Såsom länsrätten i sin dom och Konkurrensverket i sitt yttrande konstaterat ska bedömningen av vilken kravnivå som ställs i en enskild upphandling ske med tillämpning av de gemenskapsrättsliga principerna och – vid denna prövning - framförallt proportionalitetsprincipen. Av EG-rättslig

praxis rörande sistnämnda princip framgår att bedömningen ska göras i tre steg.

För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Hinfo syftar till att ge en överblick av artikel-, pris- och avtalsuppgifter av de produkter som upphandlingen omfattar och därmed vara de upphandlande enheterna behjälplig. Landstinget har i kammarrätten angivit att Hinfo även syftar till att ge tillgång till sökfunktioner, beställningsfunktioner samt möjligheter att automatiskt föra över leverantörens uppgifter i egna lagersystem. Ett krav på anslutning till ett sådant system får i den bemärkelsen anses vara lämpligt och effektivt för det eftersträvade syftet, nämligen att få en effektiv och överblickbar databas.

Det andra steget i bedömningen tar sikte på huruvida åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Frågan är därmed om det finns något mindre ingripande alternativ. Landstinget har uppgett att någon motsvarighet till Hinfo inte finns. Såsom mindre ingripande alternativ har motparterna bl.a. angett möjligheten att skicka prislister och produktinformation digitalt till landstinget och därtill möjligheten att ta del av ytterligare produktinformation på leverantörernas hemsidor. De alternativ som motparterna pekar på kan emellertid inte sägas vara någon motsvarighet till Hinfo som databassystem. Något mindre ingripande alternativ som i tillräcklig stor utsträckning motsvarar Hinfo och de funktioner som systemet erbjuder har således inte visats finnas i målet.

Det tredje steget omfattar en bedömning av om de negativa effekter som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. De eventuella negativa effekterna av landstingets villkor måste vägas mot landstingets intresse och behov av ett enkelt och överblickbart system. - Att anslutningskravet innebär kostnader för den enskilde leverantören är klarlagt. I målen föreligger olika uppgifter om

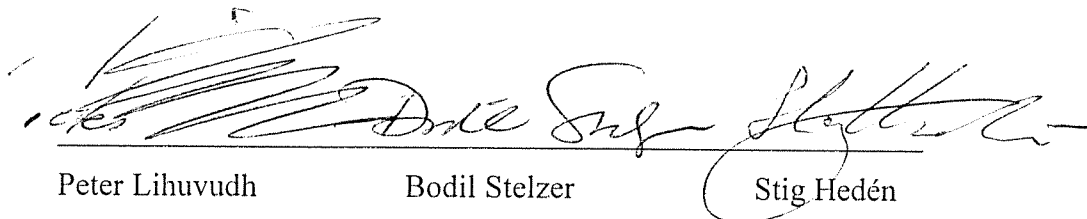
hur stor den faktiska kostnaden för leverantören kan bli och hur stor arbetsinsats från dennes sida som kan komma att krävas. Anslutningskravet kan vidare ge upphov till svårigheter att på förhand bedöma de totala ekonomiska konsekvenserna, liksom en risk för att endast kostnader för anslutning uppkommer utan att något avrop görs. Dessa förhållanden får ställas mot de fördelar som enligt landstinget en anslutning till Hinfo ger upphov till. En anslutning till Hinfo innebär för landstinget en rationalisering och effektivisering av hanteringen av upphandlade produkter för varje upphandlande enhet som anslutit sig till databasen. Leverantörerna har en möjlighet att nå sin marknad via en enda databas och den upphandlande enheten kan hitta all relevant information uppdaterad via en och samma databas. Vid en bedömning av dessa och övriga åberopade omständigheter i målen finner kammarrätten att de negativa effekterna inte har visats vara så stora att kravet på anslutning till Hinfo kan anses oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträvande syftet att erhålla ett effektivt system för landstinget.

Med detta synsätt i målen får uppställda vites- och hävningsklausuler anses vara avtalsmässiga. De bedöms vara proportionerliga till sin utformning och således godtagbara. Landstinget överklagande ska således bifallas.

DOMSLUT

Kammarrätten upphäver länsrättens dom.

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



Peter Lihuvudh

Bodil Stelzer

Stig Hedén

referent

Föredragande: Anna-Sara Lindfors



SÖKANDE

1. Invacare AB, 556050-1313 (mål nr 2541-07)

Box 66
163 91 Spånga

2. Etac Sverige AB, 556203-2879 (mål nr 2543-07)

Kista Science Tower
164 51 Kista

3. Permobil Försäljning och Service AB, 556126-1891 (mål nr 2655-07)

Box 120
861 23 Timrå

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län

Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg och jur. kand. Lisa Stevander

Gärde Wesslau Advokatbyrå

Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Sökandebolagen har begärt överprövning av Landstingets i Jönköpings län (landstinget) upphandling avseende batterier och batteriladdare (dnr LK07-0314). Sista dag för lämnande av anbud var den 12 december 2007. Något tilldelningsbeslut har ännu inte fattats av landstinget.

Invacare AB samt Permobil Försäljning och Service AB yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att skall-kravet avseende anslutning till Hinfo under avtalsperioden samt den vites- och hävningsklausul, som grundas på skall-kravet, tagits bort. Permobil Försäljning och Service AB yrkar alternativt att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 38490

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Ö Storgatan 33 A	036-15 65 00 E-post: lansrattenijonkoping@dom.se www.lansrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 09:00-12.00 13:00-15:00

Etac Sverige AB yrkar att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Sökandebolagen anför sammanfattningsvis följande. Landstinget har uppställt skall-kravet att den vinnande leverantören ska vara ansluten till det databaserade informationshanteringssystemet Hinfo under avtalstiden. Enligt landstingets avtalsmall, som leverantören måste acceptera, riskerar vinnande leverantör att drabbas av höga avtalsviten om anslutning inte sker. När maximalt vitesbelopp betalats äger landstinget rätt att häva avtalet. Att landstinget uppställer skall-krav på anslutning till Hinfo samt straffar den som inte ansluter sig med höga viten och hävning strider mot de krav på affärsmässighet och proportionalitet som följer av 1 kap. 4 § LOU. Länsrätten i Jönköpings län har i dom den 26 april 2007 i mål nr 871--872-07 samt i dom den 11 maj 2007 i mål nr 908-07 funnit att landstingets skall-krav om anslutning till Hinfo under avtalstiden – vid upphandling av elektriska rullstolar, drivaggregat och ramper – stred mot proportionalitetsprincipen. Kammarrätten i Jönköping avslog landstingets överklagande i dom den 20 juli 2007 (mål nr 1628--1629-07 och 1827-07). Kammarrättens dom överklagades inte, varför länsrättens dom har vunnit laga kraft. Villkoret om anslutning till Hinfo har ingen koppling till det som upphandlas. En anslutning medför vidare betydande merkostnader, vilka inte står i proportion till den ekonomiska nytta som anslutning och kontraktstilldelning innebär. Kravet på anslutning är varken lämpligt eller nödvändigt med hänsyn till vad som upphandlas. Att landstinget tar sig rätten att häva avtalet trots att maximalt vitesbelopp betalats är utan tvekan oproportionerligt.

De enskilda sökandebolagen anför därutöver bl.a. följande.

Invacare AB: Samtliga övriga landsting i Sverige har efter nämnda domar avskaffat kraven på Hinfoanslutning. Många landsting har valt andra lösningar än Hinfo. Inom hjälpmedelsverksamheten finns absolut inte någon

samstämmighet kring Hinfos funktion och värde. Hinfo är inte en databas för alla medicintekniska produkter utan är en särlösning i tiden för en minoritet produkter. Ett projekt har initierats mellan Landstingsnätverket för Upphandling och Swedish Medtech (Branschföreningen för Medicinteknik) med avsikt att skapa en lösning för hela den medicintekniska branschen. Proportionalitetsprincipens syfte är att vara till nytta för både landsting och leverantör. Anslutning till Hinfo skulle kosta Invacare AB en årsavgift om 60 000 kr samt en årlig arbetsinsats motsvarande två årsheltidstjänster, vilket skulle innebära en total kostnad om strax under 1 000 000 kr. Härvid bör noteras att Invacare AB måste betraktas som en sådan "stor" aktör, som lider mindre skada av anslutningskravet. Skall-kravet på anslutning måste anses oproportionerligt ur två aspekter, dels utifrån vinnande bolags kostnadsengagemang i jämförelse med den totala nyttan, dels utifrån den skillnad som finns i kostnadsengagemanget för en "stor" respektive "liten" aktör. Hinfo är en systemteknisk särlösning med dyr prislapp som minskar landstingets möjlighet att förse medborgarna med hjälpmedel.

Etac Sverige AB: Anslutningskravet till Hinfo innebär en kostnad som inte är kopplad till någon given omsättning enligt leveransavtalet. Anslutningsavgiften till Hinfo, 60 000 kr, är kopplad till företagets totala omsättning, men arbetsinsatsen för uppfyllande av kvalitetssäkring genererar därutöver en betydande kostnad. I Etac Sverige AB:s fall uppskattas denna arbetskostnad till ett par hundratusen kr. Den information, som landstinget hämtar från Hinfo, finns lättillgänglig på bolagets hemsida. Hinfo är därmed överflödigt och utgör bara en kostnad för leverantören. Etac Sverige AB bestriider att krav på anslutning till Hinfo är vanligt förekommande vid upphandlingar. Majoriteten av de upphandlingar där bolaget lämnar anbud – avseende t.ex. madrasser, taklyftar, rullstolar etc – saknar krav på anslutning till Hinfo. Även om aktuellt skall-krav skulle vara vanligt förekommande förtar detta inte det förhållandet att skall-kravet strider mot 1 kap. 4 § LOU. Det pågår arbete med att ta fram mallar för hjälpmedelsområdet mellan Lands-

tingsnätverket för Upphandling (LFU) och Swedish Medtech, leverantörernas branschorganisation. Det finns ännu inte några förankrade och vedertagna upphandlingsmallar med krav på anslutning till Hinfo vad gäller hjälpmedel, vilket bl.a. framgår av LFU:s hemsida. Hinfo är inte så väletablerat att utvecklingen skulle gå tillbaka om anslutningskravet slopades. Etac Sverige AB har en hemsida som är uppbyggd som en e-katalog där alla produkter är listade och där det enkelt går att söka efter den produkt man efterfrågar. En marknadsundersökning av Etac Sverige AB under branschmässan våren 2007 visar att förskrivarna till största del använder leverantörernas egna hemsidor för att hitta information om produkterna istället för att använda Hinfo. Produktbeskrivningarna på Etac Sverige AB:s hemsida ger en mer fullständig bild än Hinfo. Anslutningskravet medför oproportionerliga kostnader och arbetsinsatser för leverantören. Förutom att föra in hjälpmedlen med tillbehör i Hinfo måste leverantören kontinuerligt under avtalstiden uppdatera uppgifterna enligt landstingets krav. Kostnaderna för uppdatering går inte att beräkna för avtalsperioden och de är inte på något sätt kopplade till avrop från avtalet. För leverantörer med många artiklar är kravet på Hinfo-anslutning en stor tidsmässig och ekonomisk belastning. Kravet riskerar att omöjliggöra för mindre företag att delta i upphandlingar. Till skillnad från landstinget menar Etac Sverige AB att proportionalitetsprincipen utgör ett skydd för anbudsgivarna. Aktuell upphandling avser att tilldela en leverantör per produktgrupp. Informationen per produktgrupp behöver därför bara sökas på ett ställe, varför det saknar betydelse att landstinget totalt sett har hundratals leverantörer. Hinfo är inte alls så etablerat som landstinget anser. Det finns ca 20 000 förskrivare av hjälpmedel i Sverige. Enligt Hinfos teknikleverantör förekommer ca 5 000 inlogningar per månad i Hinfo, vilket ger ett snitt om 250 användare per arbetsdag. Detta motsvarar 1,2 procent unika besökare per dag av dem som aktivt arbetar med hjälpmedel. Hinfo är lösenordsskyddad och således oåtkomlig för brukare och allmänhet.

Permobil Försäljning och Service AB: Proportionalitetsprincipen syftar till att förhindra den upphandlande enheten att ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt. De ställda kraven ska ha ett klart samband med det som upphandlas. Skall-kravet på anslutning till Hinfo uppfyller inte nämnda krav. Även om skall-kravet skulle anses tillåtet är vitesklausulen opropor-tionerlig.

Landstinget bestrider bifall till ansökningarna samt anför i huvudsak följande. Frågan huruvida landstinget äger rätt att avtalsvis ställa krav på anslutning till Hinfo innebär en överprövning av vilken produkt/tjänst som landstinget har valt att upphandla. Den frågan faller utanför LOU:s ramar. Avtalsvillkoren strider inte mot principerna om proportionalitet och affärsmässighet. Upphandlingen innebär inte att lagakraftvunna domar trotsas. Länsrättens domar i mål nr 871--872-07 och 908-07 har aldrig vunnit laga kraft. Domarna överklagades till kammarrätten som – trots landstingets uttryckliga begäran -- valde att inte pröva frågan huruvida landstinget har rätt att uppställa krav på anslutning till Hinfo för antagen leverantör. Landstingets överklagande avslogs visserligen i kammarrätten, men på en annan grund. Det är korrekt att vissa landsting har slutat att begära Hinfo-anslutning efter domen. Enligt landstingets uppfattning torde detta i stor utsträckning bero på att Swedish Medtech den 20 september 2007 sände ut ett brev till inköpsdirektörer/upphandlingschefer i Sverige, vari felaktigt angavs att rådande praxis innebär ett förbud mot krav på anslutning till Hinfo. Uttalandet har ”skrämt” inköpare från att få frågan ställd på sin spets. Hinfo kan kortfattat beskrivas som en rikstäckande databas innehållande flertalet uppgifter om en mängd olika medicinska hjälpmedel och annan utrustning. Det är inte en databas som enbart tar sikte på den här upphandlingen utan den har ett mycket bredare användningsområde. Av Hinfos hemsida framgår att över 95 procent av Sveriges hjälpmedelscentraler är anslutna till Hinfo, att Hinfo representerade 87 procent av alla avropade artiklar år 2006 samt att antalet anslutna

leverantörer och kunder hela tiden ökar. Samtliga landsting i Sverige, med undantag av Landstinget i Uppsala, är anslutna till Hinfo. Av leverantörerna är 152 stycken anslutna till Hinfo. Landstinget hanterar ca 13 000 olika artiklar. För varje artikel ska minst 50 olika uppgifter läggas in för att tillhandahålla personal och brukare rätt information. Informationen används bl.a. för att kontrollera beställningstider och lagernivåer, jämföra priser och egenskaper samt kontrollera serviceåtaganden och faktiska beställningar. Det är inte möjligt för landstinget att sköta allt detta manuellt eller via leverantörernas hemsidor. Hinfo har utvecklats i samarbete mellan upphandlande enheter och leverantörer i syfte att täcka ett synnerligen reellt behov. Ett beslut med innebörden att landstinget inte får uppställa krav på anslutning till Hinfo skulle omintetgöra allt arbete som lagts ner i utvecklingen av Hinfo. Landstingen i Sverige skulle behöva skapa nya system för sökning, jämförelser, beställning m.m. av de produkter som täcks av Hinfo. Behovet av ett sådant system skulle nämligen alltså finnas. Gränsen för proportionalitetsprincipen – i betydelsen att kraven som uppställs måste vara kopplade till det som upphandlas – måste ta sin utgångspunkt i förutsättningen att det är kunden, den upphandlande enheten, som inom rimliga gränser definierar sitt behov. I detta fall vill landstinget ha hjälpmedel, vilka ska vara enkelt sökbara och möjliga att beställa i ett integrerat system. Behovet är inte påhittat. Landstingens inköpare ska inte behöva arbeta med lika många system för inköp som det finns antagna leverantörer. Det rör sig om hundratals leverantörer för varje landsting. Hinfo har tagits fram i samarbete mellan samtliga berörda parter på marknaden just för att fylla detta behov. I dagsläget finns det inte något alternativ till Hinfo på marknaden. Om det fanns sådant alternativ, skulle landstinget ta hänsyn till det vid sina upphandlingar. Inget i den aktuella upphandlingen står i strid med proportionalitetsprincipen. Avgörande för bedömningen är dels ändamålsenligheten, dels väsentlighetskravet. Frågan är huruvida kravet är motiverat med hänsyn till den upphandlande enhetens berättigade syfte med upphandlingen, dvs. det behov som ska täckas. Om kravet på anslutning till Hinfo togs bort skulle

all information om hjälpmedlen bli mycket mer svårtillgänglig för de upphandlande enheterna i deras kundroll. Redan detta torde innebära att kravet på anslutning är såväl ändamålsenligt som väsentligt. Därtill kommer att databasen nyttjas även av brukare. Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med det som upphandlas. I förevarande fall kan upphandlingen av angivna hjälpmedel även sägas innefatta ett sätt för hur dessa hjälpmedel ska kunna bedömas, sorteras och beställas på ett för landstinget och brukaren effektivt sätt. Detta är vad som upphandlas. Frågan kan således anses innefatta huruvida landstinget ska äga rätt att upphandla hjälpmedel *tillsammans* med tillhörande systemanslutning för dessa hjälpmedel. Det ifrågasätts huruvida denna fråga överhuvudtaget kan bedömas utifrån proportionalitetsprincipen. Ska det inte stå landstinget fritt att styra över sitt eget behov och vad som måste upphandlas? Det rör sig inte om ett "skall-krav" i den mening som normalt avses med detta begrepp utan om ett avtalsmässigt krav på den som blir antagen som leverantör. Det bör poängteras att Hinfo har tillkommit genom ett branschsamarbete, vilket syftar till att förenkla för alla med intresse i branschen. Kravet på anslutning till Hinfo skulle t.ex. kunna jämföras med krav på att vid redovisningen använda sig av inom branschen vedertagen kontoplan i syfte att nå korrespondens med annan redovisning inom den upphandlande enheten. Skulle detta anses stå i strid med LOU kan man lätt föreställa sig konsekvenserna. Hjälpmedlen och deras sökbarhet har sådant samband som krävs för att kravet på proportionalitet ska vara uppfyllt. Det är som jämförelse mycket vanligt att en tillverkare av varor är skyldig att märka varor och förpackningar på ett visst sätt och ange information på följesedlar och fakturor på visst sätt, allt för att leveranserna ska passa in i av kunden tillämpade system. Hinfo är vidare ett sätt att uppfylla regeringens uppdrag till sjukvårdshuvudmännen om att tillse att brukarna kan hitta erforderlig information om aktuella hjälpmedel. Brukarna har möjlighet att få tillgång till Hinfo genom att landstinget förser dem ett lösenord. Krav på anslutning till olika former av informationshanteringssystem torde vara allmänt före-

kommande vid upphandlingar. Det står klart att krav på anslutning till Hinfo är mycket vanligt förekommande vid svenska upphandlingar av produkter inom hjälpmedelsområdet. För kommuner och landsting finns det framtagna mallar för förfrågningsunderlag, bl.a. avseende hjälpmedel, i vilken hänvisas till krav på anslutning till Hinfo. Mallarna är framtagna av stiftelsen Hjälpmedelsinstitutet i samarbete med landsting i Sverige. Mallarna har förankrats med personer som representerade Landstingsnätverket för upphandling. Olika svenska hjälpmedelscentraler har uttryckt önskemål om att leverantörer ska ansluta sig till Hinfo. Anledningen till att de upphandlande enheterna är angelägna om att dess leverantörer är anslutna till Hinfo är att det i hög grad underlättar för enheterna att utföra sitt arbete samt för brukarna att ta del av utbud och möjligheter. Landstingets krav på anslutning och användning av Hinfo riktar sig enbart till den som blir antagen som leverantör och som kommer att kunna dra ekonomisk nytta av anslutningen. Kostnaden för anslutning och arbete med att lägga in produkter i Hinfo kan beaktas vid prissättningen i anbudet. Det faktum att landstinget inte lämnar några garantier för avrop av viss omfattning ändrar inte bedömningen. För det första kan inte landstinget på förhand veta hur många produkter som kommer att behövas. För det andra utgör detta förhållande en normal affärsrisk för leverantörerna att ta ställning till när de väljer hur de ska prissätta sina anbud. Affärsrisken är varken oproportionerlig eller icke-affärsmässig. Som exempel kan nämnas att upphandlingar av konsulttjänster ofta innefattar en viss tillgänglighetsgaranti utan att denna förenas med någon som helst koppling till avropsgaranti. Tillgängligheten kostar naturligtvis pengar att upprätthålla utan att detta motsvaras av någon garanti att avrop kommer att göras. De mer omfattande datasystem som omnämns och synes välkomnas av sökandebolagen finns inte tillgängliga i dagsläget. Det kan ifrågasättas varför ett mer omfattande system principiellt sett skulle vara mer riktigt än ett mindre omfattande som Hinfo. – För det fall landstinget har ägt rätt att uppställa krav på anslutning till Hinfo måste förekomsten av vites- och hävningsklausul i avtalet betraktas utifrån allmänna principer om vad som

är skäligt i avtalsförhållanden. Att på det sätt som skett avtala om rätt till vite och hävning vid bristande avtalsuppfyllelse måste anses vara affärsmässigt.

DOMSKÄL

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör, som anser att han har lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 7 kap. 2 § samma lag, ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 4 § LOU anges att en upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I kravet på affärsmässighet ligger bl.a. den s.k. proportionalitetsprincipen. Principen innebär att de åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det som upphandlas. Den upphandlande enheten får inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i yttrande den 8 maj 2006 (dnr 2005/0138-21) uttalat följande vad gäller bedömningen enligt proportionalitetsprincipen.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen. Bedömningen

består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i "funktionella termer", dvs. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas.

Landstinget har i förfrågningsunderlaget (punkten 1.2.14) uppställt ett skallkrav med innebörden att antagen leverantör ska acceptera avtalsmallen i dess helhet.

I avtalsmallen (punkten 3.6) uttalas följande under rubriken Hinfo. "Leverantören skall vara ansluten till Hinfo under avtalsperioden. Artikel-, pris-, och avtalsuppgifter för i tilldelningsbeslut antagna produkter skall vara införda i Hinfo senast 2 veckor före avtalsperiodens början. Uppgifter motsvarande "Kvalitetssäkrade fakta" skall vara införda senast 2008-05-31. För det fall leverantören bryter mot föregående stycke utgår vite med 10 000 kr per påbörjad vecka som avtalsbrottet varar, dock högst 50 000 kr. Vite utgår dock inte för tid före avtalsperiodens början. Landstinget äger rätt att häva avtalet i enlighet med punkt 3.26 Hävning av avtal."

I punkten 3.26 i avtalsmallen uttalas bl.a. att landstinget äger häva avtalet helt eller delvis om leverantören inte uppfyller kraven på anslutning till och lämnande av uppgifter i Hinfo i enlighet med punkten 3.6 och maximalt vite enligt den punkten har uppnåtts.

Länsrätten i Jönköpings län har tidigare i dom den 26 april 2007 (mål nr 871--872-07) samt i dom den 11 maj 2007 (mål nr 908-07) funnit att landstingets skallkrav avseende anslutning till Hinfo, vid upphandling av elektriska rullstolar, drivaggregat och ramper, stred mot proportionalitets-

principen. Länsrätten uttalade i domarna bl.a. att den upphandlande enhetens krav ska avvägas i förhållande till föremålet för upphandlingen. Länsrätten gjorde därvid bedömningen att villkoret om anslutning till Hinfo inte på sådant sätt var knutet till det upphandlingen avsåg att det kunde godtas. På grund härav – och då förfrågningsunderlaget i ett annat avseende ansågs strida mot likabehandlingsprincipen – förordnade länsrätten att upphandlingen skulle göras om. Landstinget överklagade länsrättens domar till Kammarrätten i Jönköping, som avslog överklagandet efter att endast ha prövat frågan om förfrågningsunderlaget stred mot likabehandlingsprincipen (dom den 20 juli 2007 i mål nr 1628--1629-07 och 1827-07).

Av Hinfos hemsida (www.hinfo.se) kan bl.a. utläsas följande. "Hinfo är en nationell produkt-, artikel- och avtalsdatabas, framtagen i samarbete mellan sjukvårdshuvudmännens hjälpmedelsverksamhet i Sverige, leverantörer av hjälpmedel och Hjälpmedelsinstitutet. Målsättningen är att databasen ska täcka in alla artiklar som kan klassificeras via 150 9999 (rörelsehinder, syn, hörsel, ortopedi och inkontinens)".

Av hemsidan kan vidare utläsas följande. "I Sverige finns det ca 30 hjälpmedelscentraler som var och en har ett lokalt artikelregister, som de kontinuerligt håller uppdaterat. Undersökningar har visat att varje lokal central lägger ned ca 50 timmar i veckan på uppdateringar av sitt lokala artikelregister. Trots den omfattande resursinsatsen saknas ofta vital information eller så är information inaktuell (t.ex. utgångna priser). Syftet med Hinfo är att eliminera mycket av det administrativa arbetet med uppdatering av artikel- och avtalsinformation samt höja kvalitén på informationen. Hinfo utgör en marknadsplats för hjälpmedelsinformation. Leverantören tar själv, utan mellanhänder, ansvaret för att materialet är uppdaterat och korrekt. Hinfo ger honom möjlighet att nå hela sin marknad via en enda databas, oftast via automatiskt uppdatering direkt från leverantörens egna affärssystem. Kunden kan hitta all relevant information från samtliga avtalsleverantörer på en

och samma plats. Via koppling till Hinfo kan kundens affärssystem hållas uppdaterat med all produkt-, artikel- och avtalsinformation oavsett hur många leverantörer kunden har avtal med. Textbaserad, strukturerad information om artikeln, kompletteras med valfritt antal bilder, produktokument och andra mediafiler.”

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten är inte bunden av sitt tidigare ställningstagande i mål nr 871--872-07 och 908-07 att ett villkor om anslutning till Hinfo under avtalstiden strider mot proportionalitetsprincipen vid upphandling av snarlikt slag. Kammarrätten har inte prövat frågan.

Upphandlingen avser batterier och batteriladdare. Landstingets invändning att anslutningen till Hinfo är en del av vad som upphandlas och att kravet avseende anslutning till Hinfo därmed inte kan överprövas, lämnas utan avseende.

Det är en åtgärds effekter och proportionalitet vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas. Det förhållandet att landstinget sammanlagt har hundratals leverantörer och önskar ett gemensamt system för samtliga leverantörer kan inte tillmätas någon betydelse vid den proportionalitetsbedömning som är aktuell i målet.

Syftet med kravet på anslutning till Hinfo är i huvudsak att landstinget ska kunna ha överblick över artikel-, pris- och avtalsuppgifter vad gäller de produkter som upphandlingen avser. Detta syfte är legitimt. Hinfo tillgodoser syftet och är i denna bemärkelse ändamålsenligt. Kravets förenlighet med proportionalitetsprincipen förutsätter emellertid att syftet med att kravet inte kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. Utredningen i målet visar därvid inte annat än att leverantören skulle kunna lämna den produkt-, arti-

kel- och avtalsinformation som är nödvändig för avtalets fullgörande på annat och mindre kostsamt sätt än genom Hinfo, t.ex. genom en databas kopplad till leverantörens hemsida. Kravet på anslutning till Hinfo kan således inte anses vara nödvändigt för att tillgodose syftet, varför kravet redan av denna anledning strider mot proportionalitetsprincipen.

På grund av det anförda och då sökandebolagen får anses lida skada av kravet finns grund för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU. Då bristen i upphandlingen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och kan ha påverkat ingivna anbud finner länsrätten att upphandlingen ska göras om.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

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


Andreas Ådahl

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.