

KLAGANDE

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

Ombud: Advokat Marion Greidinger och advokat Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

1. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

2. Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

3. Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Kronobergs läns beslut den 9 oktober 2009 i mål nr 1153-09,
se bilaga A

SAKEN

Avvisning i mål om överprövning av upphandling enligt lagen
(2007:1091) om offentlig upphandling (LOU); fråga om talerätt

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Länsrätten
- Allmänna ombudet

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
2. Kammarrätten undanröjer länsrättens avvisningsbeslut och återförvisar målet till länsrätten för prövning av Phonak AB:s ansökan om överprövning den 11 september 2009.

Dok.Id 82296

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2203 550 02 Jönköping	Slottsgatan 5	036-15 65 00 E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se	036-16 19 68	måndag – fredag 09:00-11:30 13:00-15:00

3. Kammarrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan domstol avgör målet eller beslutar något annat.

YRKANDEN M.M.

Phonak AB (bolaget) yrkar att kammarrätten undanröjer länsrättens beslut och visar målet åter till länsrätten för prövning i sak.

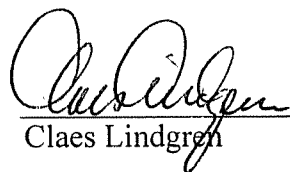
SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

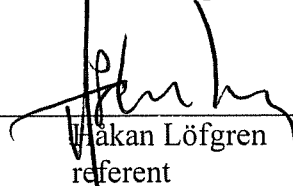
Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

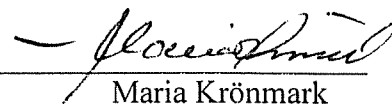
Av 16 kap. 1-3 §§ LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas föst sedan rättelse har gjorts.

Länsrätten i Kronobergs län har i dom den 20 augusti 2009 i mål nr 251-09 upphävt ett tidigare tilldelningsbeslut genom vilket bolaget tilldelats upphandlingen och förordnat att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse skett på så sätt att bolagets anbud förkastas. Landstinget har därefter den 3 september 2009 fattat ett nytt tilldelningsbeslut, enligt vilket bolagets anbud diskvalificerats i enlighet med länsrättens ovan nämnda dom. Landstinget har således rättat upphandlingen på sätt som länsrätten föreskrivit och därmed inlett ett nytt förfarande. Detta innebär enligt kammarrättens mening att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada har rätt att ansöka om åtgärder mot detta nya förfarande i enlighet med de ovan nämnda bestämmelserna i LOU. Bolaget har således haft rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen och länsrätten borde därför inte ha avvisat bolagets talan på angiven grund. En prövning av målet i sak av kammarrätten skulle strida mot instansordningsprincipen. Målet ska därför återförvisas till länsrätten för prövning av bolagets ansökan.

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


Claes Lindgren


Mikael Löfgren
referent


Maria Krönmark



bilaga A

SÖKANDE

Phonak AB, 556441-3762
Hornsbruksgatan 28
117 34 Stockholm

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

Ombud: Advokat Stefan Gustavsson
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

2. Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

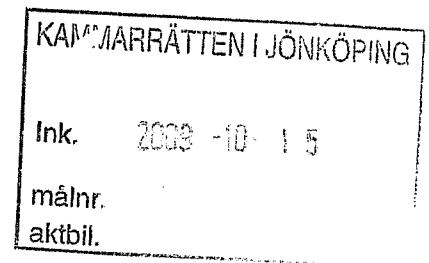
3. Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

Begäran om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Landstingen Blekinge, Halland och Kronoberg har tillsammans genomfört en upphandling av hörapparater, reservdelar och tillbehör. Upphandlingen har handlagts av Landstinget Kronoberg.

Phonak AB har ansökt om överprövning av upphandlingen.



Dok.Id 42457

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

Länsrätterna i Blekinge län och i Hallands län har överlämnat sina mål rörande upphandlingen till Länsrätten i Kronobergs län.

Phonak AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att länsrätten beslutar om rättelse av upphandlingen på det sättet att anbudsutvärderingen ska göras om med beaktande av bolagets anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar att muntlig förhandling hålls. - Som grund för sin talan anför sökanden 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 förutsäkrhet), 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. Bola-

get 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. Landstingen begärde in komplettering från anbudsgivaren avseende bilagan. Anbudsgivaren inkom med komplettering. Landstingen 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.

Länsrätten beslutade den 11 september 2009 att upphandlingen inte fick avslutas i avvaktan på att länsrätten beslutar något annat.

SKÅL FÖR BESLUTET

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 hänseende på ett sådant sätt att Oticon kan komma att lida skada. Länsrättens dom överklagades inte.

En förutsättning för rätt att ansöka om överprövning av en upphandling är att leverantören anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada till följd av att den upphandlande myndigheten i något avseende brutit mot bestämmelserna som reglerar upphandlingsförfarandet. I förevarande fall har sökandens invändningar beträffande upphandlingen med tilldelningsbeslut den 3 september 2009 hänfört sig till det förhållandet att bolaget diskvalifi-

LÄNSRÄTTEN I
KRONOBERGS LÄN

BESLUT

cerats från utvärdering av anbudet. Denna uteslutning av bolaget har följt av att Landstingen har rättat sig efter länsrättens dom den 20 augusti 2009, vilket varit en skyldighet då Landstingen inte överklagat länsrättens dom. De invändningar mot upphandlingen som bolaget nu har åberopat gäller sådant sakförhållande som redan prövats i det tidigare målet.


Länsrätten finner därför inte visat att sökanden har lidit eller kan komma att lida skada i sådant avseende som förutsätts för rätt till överprövning enligt LOU. Bolagets ansökan ska därför avvisas. Med denna utgång saknas behov av muntlig förhandling i målet. Det interimistiska beslutet i det här målet ska inte längre gälla. Motsvarande beslut i annat mål (mål nr 1150-09) står alltså fast.

BESLUT

Länsrätten avvisar Phonak AB:s ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 11 september 2009 i det här målet.

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


Bengt Lindblad

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.