

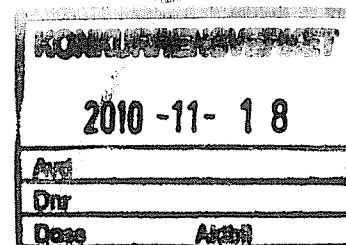


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I JÖNKÖPING**  
 Enhet Jönköping

**DOM**  
 2010-11-16  
 Meddelad i  
 Jönköping

Mål nr  
 6501-10 E  
 Rotel 1:7

**SÖKANDE**  
 Tunstall AB, 556387-8551  
 Årstaängsvägen 1 A  
 117 43 Stockholm



**MOTPART**  
 Borås Stad  
 501 80 Borås

**SAKEN**  
 Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Tunstall AB:s ansökan om överprövning.

### BAKGRUND

Borås Stad (staden) genomför en upphandling av trygghetslarmanläggning för äldreboendet Bodagatan 36, nr 2010/IN0031, handlagd genom ett förenklat förfarande.

### YRKANDEN

Tunstall AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ingriper mot den pågående upphandlingen, som Bolaget slutligt bestämt sin talan, på så sätt att upphandlingen ska göras om.

Staden motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

Dok.Id 21796

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Östra Storgatan 33 A	036-15 65 00	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00
		<b>E-post:</b> forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		

## GRUNDER

### *Inledande anmärkningar*

Parterna har till stöd för sin respektive talan anfört omständigheter av såväl mer allmän karaktär som omständigheter hänförliga till specifika krav i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten har valt att först redogöra för de förstnämnda, allmänna, omständigheterna för att därefter redogöra för de mer specifika omständigheterna. Av den senare redogörelsen framgår även förfrågningsunderlaget i de delar Bolaget har ifrågasatt dess utformning.

### *Allmänna omständigheter*

Bolaget: Den tekniska specifikationen utesluter helt omotiverat leverantörer från att lämna anbud genom att vara starkt riktad mot en leverantörs produkt. Förfrågningsunderlaget är skrivet så att endast en leverantör/tillverkare kommer att kunna uppfylla kraven. Genom att kraven är uteslutande och konkurrensbegränsande strider de mot principerna om proportionalitet, likabehandling och icke-diskriminering. Vidare har förfrågningsunderlaget brustit i transparens då det av underlaget inte framgår huruvida kravet på larmknappens utformning var ett krav. – Om Staden i förfrågningsunderlaget hade angivit de först i förvaltningsrätten tillkännagivna bevekelsegrunderna för att passa vissa specifikt angivna målgrupper hade Bolaget haft tid att ta fram en annan lösning för att passa angivna grupper. Nu är det emellertid inte längre möjligt att göra det. Förfrågningsunderlaget har därför brustit så pass i transparens att Bolaget inte kunnat lämna sitt bästa anbud. Upphandlingen strider därför även mot principerna om transparens vilken omfattas av 1 kap. 9 § LOU. Detta har lett till att Bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om, nu då det är för sent att lämna in ett nytt anbud baserat på de

först i förvaltningsrätten anförda uppgifterna/bevekelsegrunderna som inte har angivits ligga till grund för kraven i förfrågningsunderlaget.

Bolaget riskerar därför att lida skada genom att inte kunna lämna anbud i upphandlingen.

Staden: Staden bestrider att de krav som uppställts i upphandlingsunderlaget endast tillåter en leverantör att lämna anbud och att alla andra leverantörer på marknaden därigenom utesluts. Det kan konstateras att Bolaget i sitt yttrande medger att man, om man haft tillgång till kommunens redogörelse för bakgrund till respektive krav, haft möjlighet att ta fram en alternativ lösning till dessa standardprodukter. - Vid utformningen av förfrågningsunderlaget har Staden inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Vad särskilt gäller den proportionalitetsbedömning som ska företas avseende respektive krav som Bolaget har rest invändning mot har kommunen med angivande av bakgrunder till och syften med kraven visat att dessa är såväl lämpliga och effektiva som nödvändiga. De ifrågasatta kraven är därför proportionerliga och godtagbara. Förfrågningsunderlaget är därför inte behäftat med de fel som Bolaget påstår.

*Specifika omständigheter*

Rubrik i förfrågningsunderlaget	Tekniskt krav
1.3.14. Larmhantering	Närvaromarkera och återställa på brukarens Radiolarmknapp.

Bolagets kommentar: Idag är det enbart en leverantör som har en Radiolarmknapp med dubbla tryckytor, vilket gör att man säkert kan närvaromarkera och återställa ett larm på brukarens larmknapp. Bolagets radiolarmknappar som brukaren bär kan programmeras så att personalen som

svarar på larmet kan närvaromarkera och återställa på brukarens radio-larmknapp genom att trycka en förutbestämd unik frekvens. Denna lösning måste accepteras som likvärdig då samma funktion erhålls.

1.3.16. Rumsapparat Ha alfanumerisk display för 2x16 tecken för presentation av bl.a. olika larmtyper.

1.3.18 Minidisplay Ha alfanumerisk display för 2x16 tecken för presentation av bl.a. olika larmtyper.

Bolagets kommentar: Idag finns enbart en leverantör som har en Minidisplay respektive en Rumsapparatdisplay för 2 x 16 tecken. Rumsapparaten är placerad inne på brukarens rum och är försedd med högtalare och mikrofon. Då en brukare har larmat från sitt rum är det vanligt att personalen på ett boende besvarar larmet i en bärbar telefon eller en valfri lägenhetsapparat och talar med brukaren. Bolagets minidisplay respektive rumsdisplay är för 1 x 8 tecken och denna växlar med automatik mellan rader. En konkurrent har en rullande displaylösning. Bolagets lösningar måste accepteras som likvärdig då samma funktion erhålls.

Stadens kommentar: Syftet med kravet är att erhålla minidisplayer samt rumsapparater med displayer som är tydliga och därigenom minska risken för misstag. Att text rullar eller växlar innebär att den blir svårtillgänglig för den som ska läsa och ta den till sig.

Genom en större display finns möjlighet att få ut mer klartext i displayen utan att texten behöver rulla eller växla. En stor display med möjlighet till fler tecken innebär t.ex. att förkortningar kan undvikas. Vidare innebär en sådan display att det är möjligt att få in mer information i displayen avseende ett visst larm. Det är önskvärt att displayen utöver rumsnummer även visar annan information, t.ex. vilken typ av larm det är fråga om. En dis-

play med möjlighet till fler tecken har dessutom den fördelen att den kan visa information om någon redan har närvaromarkerat efter ett visst larm.

En stor display, med vilken rullande/växlande text kan undvikas, har vidare den effekten att tillgängligheten ökar för den förhållandevis stora andel av personalen som har ett annat modersmål än svenska. Detsamma gäller anställda som av andra skäl har svårt att tillgodogöra sig det svenska språket i skriftlig form, t.ex. dyslektiker.

Beträffande kravet att displayen ska ha fler rader har en sådan display möjlighet att visa två larm samtidigt, vilket är önskvärt och en stor fördel jämfört med enradiga displayer.

#### 1.3.17 Larmpanel

a) Ha möjlighet att närvaromarkera och återställa ett valfritt larm genom ett tryck på knappen bredvid larmat rumsnummer.

b) Visa anrop, närvaro, nödlarm och brandlarm samt vid oaktiverat läge tid och veckodag.

Bolagets kommentar: Idag finns enbart en leverantör som har en Larmpanel där närvaromarkering och återställning kan ske genom att personalen trycker på en knapp bredvid det larmade rumsnumret på larmpanelen. På bolagets larmpanel väljer personalen i en rullista på displayen vilket nummer som ska närvaromarkeras och/eller återställas. Då larmpanelen inte har några aktiva larm visar bolagets larmpanel klockslag, vilken veckodag det är syns inte. Troligen vet dock oftast personalen på boenden vilken veckodag det är.

Bolagets lösning måste accepteras som likvärdig då samma funktion erhålls. I vart fall är inte mervärdet av den specificerade lösningen så stort

för brukaren att det kan anses proportionellt att kräva i förhållande till föremålet för upphandlingen.

Stadens kommentar: Staden har inte för avsikt att utesluta leverantörer med den lösning som Bolaget beskriver (rullista). Bolaget har övertolkat betydelsen av ordet ”bredvid” i förfrågningsunderlaget. Det ska genom tryck på larmpanelen vara möjligt att närvaromarkera och återställa larm. Förfrågningsunderlaget ska inte läsas som att det finns ett krav på den exakta placeringen av knappen. Det väsentliga är att funktionen finns och att knappen är logiskt placerad på larmpanelen.

Att Bolaget valt att misstolka kravet beträffande knappens placering och att det i och för sig funnits en minimal risk för misstolkning innebär inte att kravet ska anses strida mot de gemenskapsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU.

Bakgrunden till kravet att larmpanelen i inaktivt läge ska visa tid och veckodag är att personalen i stor utsträckning arbetar utifrån veckodag (t.ex. vid medicingivning/delning). Leverantörer vars larmpanel visar något annat än datum och veckodag i inaktivt läge kan mycket enkelt uppfylla kravet eftersom larmpanelen innehåller en mikroprocessor som man mycket enkelt torde kunna programmera om. Kravet är med denna bakgrund inte alltför ingripande för leverantören.

#### 1.3.21 Radiolarmknapp

Ha två tryckytor för att möjliggöra såväl larm som närvaromarkering & återställning.

Bolagets kommentar: Idag finns enbart en leverantör som har en Radiolarmknapp med dubbla tryckytor, vilket gör att man säkert kan närvaromarkera och återställa ett larm på brukarens larmknapp. Bolagets radioknappar som personalen bär kan programmeras så att personalen kan gene-

rera exempelvis överfallslarm på sin knapp genom att trycka en förutbestämmd unik frekvens. Denna lösning måste accepteras som likvärdig då samma funktion erhålls.

Stadens kommentar: Bakgrunden till kravet på en andra tryckyta är att få möjlighet att använda denna till andra funktioner utöver trygghetslarm. Detta gäller sådana funktioner som angivits i förfrågningsunderlaget, men även sådana funktioner som idag inte är möjliga/kända men som kan bli aktuella i och med den tekniska utvecklingen på området. Staden överväger redan idag att använda den andra knappen för en låsfunktion. Genom en sådan funktion kan brukaren, genom att trycka på den andra tryckytan, låsa upp sin lägenhetsdörr.

Ytterligare ett syfte bakom kravet på att radiolarmknappen ska vara försedd med två trycktor är att detta är att föredra säkerhetsmässigt vad gäller närvaromarkering och återställning. En radiolarmknapp med endast en tryckyta kan brukaren själv komma att återställa av misstag. Risken för att brukaren själv, av misstag, återställer larm är betydligt mindre med en radiolarmknapp som har två programmerbara trycktor. Återställning kan i det fallet ske genom en serie tryck på de båda ytorna.

## DOMSKÄL

### Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 5 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap.

9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har 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 gjorts.

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.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även för-



frågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

#### Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att Staden genom de ovan angivna tekniska kraven omotiverat styrt upphandlingen dithän att endast en leverantör i realiteten kommit att kunna lämna anbud i upphandlingen, varför denna strider mot proportionalitetsprincipen. Staden har å sin sida bestritt detta och gjort gällande att de ifrågasatta tekniska kraven är såväl lämpliga och effektiva som nödvändiga, varför kraven enligt Staden även är att anse som proportionerliga.

Avgörande för bedömningen av om de krav Staden ställt på anläggningen träder proportionalitetsprincipen för när är om de av Bolaget ifrågasatta kraven går utöver vad som är att anse som proportionellt, i enlighet med den strukturerade avvägning som ska ske enligt ovan, för att uppnå syftet med respektive krav. I det sammanhanget ska uppmärksammas att en upphandlande myndighet även enligt rättspraxis från Förstainstansrätten (mål T-139/99, Alsace International Car Service, REG 2000 s. II-5043) har ett utrymme inom vilket den kan agera i förhållande till proportionalitetsprincipen.

Den första frågan att besvara i den strukturerade avvägningen är om de angivna kraven är lämpliga och effektiva för att uppnå de eftersträvade syftena, vilka enligt Staden huvudsakligen utgörs av säkerhetshänsyn samt användarvänligheten för samtliga användare av anläggningen. De ifrågasatta tekniska kraven avser sådant som utformningen av bl.a. larmknappar och displayer. De tekniska krav som uppställts är enligt förvaltningsrättens mening typiskt sett sådana som är att anse som lämpliga och effektiva för att tillgodose behov av användarvänlighet och därmed även säkerhet vid användandet av larmanläggningar i äldreboenden, varför kraven i aktuellt hänseende får anses godtagbara.

Det andra steget i bedömningen tar sikte på huruvida kraven är nödvändiga för att uppnå de eftersträvade syftena. Bolaget har i det sammanhanget i huvudsak gjort gällande att kraven går utöver vad som kan anses nödvändigt då en trygghetslarmanläggning med den utformning Bolaget kan offera uppnår ändamålet med den av Staden efterfrågade larmanläggningen. Med hänsyn till de skäl Staden lämnat till respektive krav jämte det utrymme upphandlande enheter givits att agera i förhållande till proportionalitetsprincipen kan kraven enligt förvaltningsrättens mening inte anses så ingripande att de träder denna princip förnär.

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. Detta innebär att de av Staden anförda användar- och säkerhetsaspekterna ska ställas mot den konkurrensbegränsning dessa krav medför. Bolaget har i detta sammanhang obestyrkt gjort gällande att effekten av de ifrågasatta kraven är att endast en leverantör kan komma i fråga för att lämna anbud i upphandlingen. Denna uppgift har, som ovan angivits, bestritts av Staden. Vid angivet förhållande, och då av vad Bolaget i övrigt anført inte ger stöd för bolagets uppfattning i denna del, har inte med

erforderlig styrka visats av Bolaget att upphandlingen kan anses träda proportionalitetsprincipen förnär i sådan utsträckning att det motiverar en åtgärd med stöd av LOU. De av Staden beskrivna aspekterna framstår således inte som oproportionella eller överdrivna.

Bolaget har vidare i ett relativt sent skede av processen gjort gällande att förfrågningsunderlaget varit så bristfälligt att det strider mot transparensprincipen enligt vad som närmare framgår av redogörelse för bolagets grunder under rubriken *allmänna principer*.

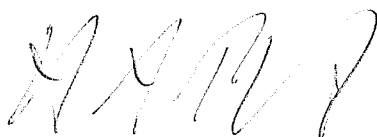
Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Vad Bolaget anfört till stöd för sin uppfattning i denna del ger inte stöd för att förfrågningsunderlaget har sådana brister i öppenhet och förutsebarhet att den ännu inte avslutade upphandlingen på den grunden ska göras om.

Inte heller vad Bolaget i övrigt anfört ger stöd för bolagets uppfattning att det finns skäl att ingripa med åtgärd enligt LOU mot upphandlingen.

*Sammanfattande bedömning*

Förvaltningsrätten har funnit att vad Bolaget anfört inte utgör skäl för att rätten ska besluta om åtgärder med stöd av 16 kap. 5 § LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU)



Henrik Brüsin

