

KLAGANDE

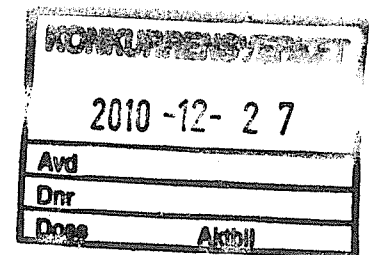
Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag, 556067-8194

Ombud: Advokaten Sascha Schaeferdiek och advokaten Fredrik Elmer
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Västmanland
2. Landstinget Dalarna
3. Örebro läns landsting
4. Landstinget Sörmland

Genom: Varuförsörjningen
Virdings allé, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 29 november 2010 i mål nr 6964-10, 6990-10, 7011-10 och 7012-10, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling;
prövningstillstånd och återförvisning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och återförvisar målen
till förvaltningsrätten för ny prövning.

Kammarrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan
förvaltningsrätten avgjort målen eller något annat har beslutats.

YRKANDEN

Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag (bolaget) yrkar att kammarrätten återförvisar målen till förvaltningsrätten. I andra hand yrkar bolaget att kammarrätten ska förordna att landstingens upphandling VF2010-0014 avseende patientnära analyser (PNA), undergrupp 51 urinstickor inklusive instrument, får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att bolagets anbud utvärderas eller alternativt att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

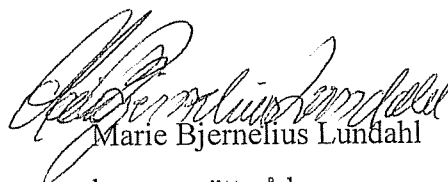


Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

I 12 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) anges vad rätten har att iaktta när det gäller kommunikering av handlingar i ett mål. Rätten ska ge en klagande tillfälle att ta del av svar och att inom viss tid yttra sig skriftligen över det, om det inte är obehövt.

Av handlingarna i målen framgår att landstingen efter föreläggande från förvaltningsrätten yttrat sig över bolagets begäran om överprövning. Yttrandet med landstingens ställningstagande avseende bl.a. skall-kravets proportionalitet har inte kommunicerats med bolaget. Domstolen har trots detta återgett yttrandet i sin dom och lagt det till grund för sitt avgörande. Genom den underlåtna kommunikeringen har bolaget betagits möjligheten att innan målen avgjordes få bemöta landstingens ståndpunkt avseende bl.a. proportionaliteten i det uppställda skall-kravet. Förvaltningsrättens dom ska därför undanröjas och målen visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning.

Beslutet att meddela prövningstillstånd får inte överklagas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR beslutet i övrigt, se bilaga B (formulär 1)

		
Marie Bjernelius Lundahl	Karin Nilsson Edin	Monica Sylvan
kammarrättsråd	kammarrättsråd	kammarrättsassessor
ordförande		referent

Målet har föredragits av Jessica Olofsson.



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
2010-11-29
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
6964-10 E, 6990-10 E
7011-10 E, 7012-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag, 556067-8194

Ombud: Advokat Sascha Schaeferdiek
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Västmanland
2. Landstinget Sörmland
3. Landstinget Dalarna
4. Örebro läns landsting

Genom: Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala

ÖVERPRÖVADE UPPHANDLINGAR

Landstingens i Västmanland, Södermanland, Dalarna och Örebro län, genom Varuförsörjningen, upphandlingar av patientnära analyser, undergrupp 51, urinstickor inklusive instrument, VF2010-0014

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten i Uppsalas beslut av den 18 oktober 2010, Förvaltningsrätten i Faluns beslut av den 19 oktober 2010 samt Förvaltningsrätterna i Karlstads och Linköpings beslut av den 20 oktober 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Landstingen i Västmanland, Södermanland, Dalarna och Örebro län, (landstingen) har, genom Varuförsörjningen, genomfört upphandlingar av patientnära analyser, undergrupp 51, urinstickor inklusive instrument, VF2010-0014.

YRKANDEN

Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag (bolaget) begär överprövning av upphandlingarna och yrkar att upphandlingarna får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att bolagets anbud utvärderas. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingarna ska göras om.

Landstingen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

GRUNDER

Bolaget anför bland annat följande till stöd för sin ansökan om överprövning. Landstingen har i samverkan upphandlat bland annat urinstickor inklusive instrument, undergrupp 51. Upphandlingarna omfattade även andra produktgrupper som inte omfattas av denna begäran om överprövning. Fem leverantörer lämnade anbud för undergrupp 51, däribland bolaget och Siemens. Anbuderna omfattade material för patientnära analys av urin, dels urinstickor, dels instrument för analyser av urin. Enligt landstingen uppfyllde inte bolagets anbud skall-kravet avseende manuell överföring av bokstäver och siffror till instrumentet. Landstingen meddelade den 5 oktober 2010 att Siemens tilldelades kontraktet för undergrupp 51, urinstickor och instrument.

Landstingen ansåg att bolaget inte uppfyllde följande skall-krav och utvärderade därmed inte bolagets anbud. "Användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet skall kunna scannas med handscanner och knappas in

manuellt med siffror och bokstäver kombinerat på instrumentet.” Bolaget angav i sitt anbud att man uppfyllde det aktuella skall-kravet. Landstingen underkände dock bolagets instrument i denna del med motiveringen att instrumentet inte hade något inbyggt tangentbord. Bolaget gör gällande att det inte framgår av skall-kravet att instrumentet ska ha ett inbyggt tangentbord. Syftet med skall-kravet är att säkerställa att uppgifter avseende användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet kan knappas in med både siffror och bokstäver. Denna funktionalitet är viktig eftersom koderna för användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet kan bestå av både siffror och bokstäver. Bolagets instrument uppfyller detta krav genom att ett mindre tangentbord kan anslutas till mätenheten genom en sladd. På så sätt kan både siffror och bokstäver knappas in manuellt på instrumentet, som utgörs av mätenheten och tangentbordet. Landstingen borde således ha utvärderat bolagets anbud vidare.

Skulle förvaltningsrätten inte förordna om rättelse gör bolaget gällande följande. Urinstickorna och urinanalysinstrumenten används av landstingens sjukvårdsanställda, till exempel sjuksköterskor. Typiskt tillvägagångssätt är att en patient lämnar ett urinprov som en sjuksköterska doppar urinstickan i, varefter urinstickan i sin tur sätts in i mätinstrumentet. Mätinstrumentet analyserar därefter urinstickans reaktionsfält och på så sätt kan sjukvården mäta bland annat socker- och blodhalter i patientens urin. I mätinstrumentets elektroniska minnesbank kan ett visst mätvärde kopplas samman med en specifik patient och en specifik provutförare genom att dessas identitetsuppgifter, exempelvis personnummer, anges genom avläsning av identitetshandlingar med streckkodläsare eller genom manuell inknappning på instrumentet. Huruvida manuell inknappning av siffror och bokstäver till instrumentet sker genom en så kallad touch screen eller ett externt tangentbord är oväsentligt för mätsäkerheten, patientsäkerheten eller arbetsmiljön för de sjukvårdsanställda. Bolaget gör gällande att ett

krav på att instrumentet måste ha en touch screen inte tjänar något försvarbart syfte och därmed strider mot proportionalitetsprincipen.

Uppsala läns landsting har i upphandlingen även upphandlat urinstickor för befintliga instrument. I denna del av upphandlingen tillämpade Uppsala läns landsting inte ett motsvarande skall-krav. De befintliga instrumenten uppfyller inte skall-kravet, om kravet tolkas på så sätt att instrumentet måste ha en touch screen, och när det gäller de alternativa instrumenten tillämpades inget motsvarande skall-krav. Uppenbarligen ansåg Uppsala läns landsting när det gäller den egna upphandlingen att ett krav på touch screen inte var nödvändigt. Det är enligt bolagets uppfattning uteslutet att skall-kravet kan anses vara nödvändigt när det gäller de nu aktuella landstingens upphandlingar.

Skall-kravet har inte tidigare tillämpats i upphandlingar av urinstickor och instrument. I vart fall känner bolaget inte till någon sådan upphandling. Bolaget gör således gällande att skall-kravet inte tjänar något försvarbart syfte och att landstingens tillämpning av kravet är konkurrenshämmande. Skall-kravet strider därmed mot proportionalitetsprincipen och är sålunda i strid med 1 kap. 9 § LOU. Bolaget menar att denna brist i upphandlingsförfarandet inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, eftersom samtliga leverantörer på marknaden deltagit i upphandlingarna. Det är därför tillräckligt att kvalificeringsfasen rättas. Skulle rättelse inte ske, bör förvaltningsrätten förordna att upphandlingarna görs om.

Av landstingens utvärdering framgår att Siemens anbuds utvärderingspris uppgick till 1 396 500 kronor. Skulle landstingen ha utvärderat bolagets anbud, hade utvärderingspriset hamnat på 925 750 kronor. Sålunda skulle bolaget ha tilldelats kontraktet och har därmed lidit skada på grund av att landstingens upphandlingar varit i strid med LOU.

Landstingen anför bland annat följande till stöd för sin inställning. Landstingen har inte brutit mot de grundläggande principer som anges i 1 kap. 9 § LOU. I rubricerade upphandlingar finns följande skall-krav angivet. ”Användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet skall kunna scannas med handscanner och knappas in manuellt med siffror och bokstäver kombinerat på instrumentet.” Bolagets offererade instrument uppfyller inte nämnda skall-krav. Nämnda skall-krav ska läsas bokstavligen nämligen att med ”på instrumentet” avses att funktionen för inmatning av identitetsuppgifter ska kunna göras direkt på instrumentet. Hade något annat avsetts hade uttrycket varit ”i instrumentet” För att inmatning av uppgifterna i bolagets offererade instrument ska kunna ske, måste instrumentet kombineras med ett tangentbord som kan anslutas till instrumentet som en fristående del. Tangentbordet är således ett tillbehör som inte ingår i det pris som bolaget offererat. Den av bolaget hävdade prisskillnaden jämfört med Siemens anbud är inte korrekt då för bolagets instrument tillkommer kostnader för tangentbord.

Syftet med det ställda skall-kravet är att det generellt inom denna verksamhet pågår ett kontinuerligt arbete med att minimera ytor i lokalerna med det långsiktiga målet att hålla nere lokalkostnaderna till gagn för den övriga verksamheten. Att köpa instrument inom hälso- och sjukvården innebär inte endast att landstinget isolerat kan se på att ett instrument klarar vissa grundläggande krav utan hänsyn måste också tas till exempelvis arbetsmiljöaspekter, ergonomin för personalens handhavande, lokalernas utformning och ytor. Landstingen hävdar det ställda skall-kravet har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till det som upphandlas och att landstingen därmed inte brutit mot proportionalitetsprincipen. Att Landstinget i Uppsala län för närvarande använder bolagets produkt saknar betydelse i målet. Det pågår ett kontinuerligt arbete inom landstingens häl-

so- sjukvårdsverksamhet med att minimera kostnader inom olika områden för att inom befintliga budgetramar kunna tillföra medel till vården och behandlingen av patienterna. Landstingen har där kommit olika långt i sitt arbete vilket rimligtvis inte kan vara ett hinder för att landsting som kommit längre ska kunna ställa krav som tillgodoser målet att minimera kostnader.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU i tillämplig lydelse stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Handlingarna i målet

I förfrågningsunderlaget under rubrikerna ”särskilda produktkrav” och undergrupp 51 Obligatoriska krav”, punkt 6.1.4 anges bland annat följande. Användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet skall kunna scannas med handscanner och knappas in manuellt med siffror och bokstäver kombinerat på instrumentet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida landstingen, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan tillämplig bestämmelse, och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om landstingen haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget från utvärderingen. Bolaget har anfört att man uppfyller skall-kravet i punkten 6.1.4 i förfrågningsunderlaget genom att ett separat tangentbord kan anslutas till bolagets offererade produkt. På så sätt kan både siffror och bokstäver knappas in manuellt på instrumentet, som utgörs av mätenheten och tangentbordet. Landstingen har anfört att det i skall-kravet tydligt anges att uppgifterna ska kunna knappas in på instrumentet. Hade landstingen accepterat en lösning som den bolaget offererat skulle skall-kravet utformats som så att uppgifterna ska kunna knappas in i instrumentet.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av ordalydelsen i skall-kravet att det tydligt framgår att uppgifterna ska kunna knappas in på instrumentet. Den av bolaget offererade lösningen med ett separat tangentbord, som då inte är en del av instrumentet, uppfyller enligt förvaltningsrättens mening inte det aktuella skall-kravet. Landstingen har därmed haft fog för sitt beslut att inte utvärdera bolagets anbud i undergrupp 51 i upphandlingen. Bolagets talan ska således inte vinna bifall på denna grund.

Förvaltningsrätten har då att ta ställning till huruvida det aktuella skall-kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Den upphandlande myndigheten får alltså inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad

som får anses vara ändamålsenligt med den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen ska genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen.

Bolaget har anfört att huruvida manuell inknappning av siffror och bokstäver till instrumentet sker genom en så kallad touch screen eller ett externt tangentbord är oväsentligt för mätsäkerheten, patientsäkerheten eller arbetsmiljön för de sjukvårdsanställda. Bolaget har vidare gjort gällande att ett krav på att instrumentet måste ha en touch screen inte tjänar något försvarbart syfte och att landstingens tillämpning av kravet är konkurrens-hämmande. Skall-kravet strider därmed enligt bolaget mot proportionalitetsprincipen.

Landstingen har anfört att syftet med det ställda skall-kravet är att minimera ytor i lokalerna, med det långsiktiga målet att hålla nere lokalkostnaderna till gagn för övrig verksamhet. Landstingen kan vid köp av instrument inte isolerat se på att instrumentet klarar vissa grundläggande krav utan måste även ta hänsyn till exempelvis arbetsmiljöaspekter, ergonomin för personalens handhavande, lokalernas utformning och ytor. Det aktuella skall-kravet har därmed ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till det som upphandlas. Landstingen menar därmed att de inte brutit mot proportionalitetsprincipen.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer föremålet för upphandlingen och den har vid krav på utformningen av produkten stor frihet (jfr Regeringsrättens dom den 18 oktober 2010 i mål nr 7957-09). Förvaltningsrätten finner att vad landstingen har åberopat att det ställda skall-kravet avser att fylla syftet att långsiktigt minimera kostnader för lokalytor utgör en del av produktens funktionalitet i landstingens verksamhet och att

kravet därför inte är obefogat. Bolaget har inte visat att dess produkt har den funktionalitet avseende lokalyta som landstingen efterfrågar. Förfrågningsunderlaget är tydligt utformat i detta hänseende. Landstingens upphandlingar har således inte brustit i förhållande till proportionalitetsprincipen. Bolaget har följaktligen inte visat att landstingen vid upphandlingen har överträtt bestämmelserna i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna, varför det saknas skäl för ingripande. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om att i och med att de interimistiska besluten upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

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



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Andreas Lund.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

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.