



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-03-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3310-12
Enhet 13

SÖKANDE
AD MediCal AB
Fiskhamngatan 6 A
414 58 Göteborg

MOTPART
Karolinska Universitetssjukhuset
Upphandlingssektionen
171 76 Stockholm

Ombud:

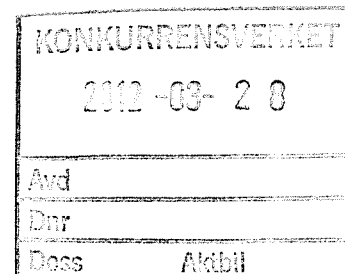
Advokat Henrik Hybbinette och jur.kand. Johan Stern
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår AD MediCal AB:s ansökan om överprövning.



Dok.Id 220839

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

BAKGRUND

Karolinska Universitetssjukhuset (Karolinska) har genomfört en offentlig upphandling avseende leverans av två stycken autoklaver. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt 4 kap. LOU. I tilldelningsbeslut meddelat den 10 februari 2012 har myndigheten beslutat att teckna avtal med annat bolag än AD MediCal AB (bolaget). I tilldelningsbeslutet anges bl.a. följande. Vid anbudstidens utgång hade anbud inkommit från två leverantörer. Båda bolagen uppfyllde kraven i de administrativa föreskrifterna och gick vidare till prövning av de obligatoriska kraven. Bolaget uppfyller inte skall-kravet under punkt 2.1.8 i kravspecifikationen där det anges att ”Autoklaverna skall gå att använda med befintligt T-DOC system.”

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts genom att bolagets anbud utvärderas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för yrkandena anför bolaget i huvudsak följande.

Skall-kravet

Karolinska har förkastat bolagets anbud med hänvisning till att ett skallkrav inte var uppfyllt vid ”anbudslämnandet”. Bolagets anbud uppfyller samtliga skallkrav och anslutning till T-DOC kommer att vara möjligt i samband med leverans. Bolaget har genom tidigare leveranser visat att anslutning till T-DOC har utförts och fungerat helt enligt beställarens krav. Bolaget har också genom sin tillverkare och leverantör inlett ett samarbete med ägaren av T-DOC för att ta fram en världsomspännande fullständigt kompatibel anslutning. Detta arbete kommer att vara klart innan leverans och har därför inte någon inverkan på ställt krav.

Övriga grunder

Vinnande anbudsgivare äger T-DOC fullt ut och kontrollerar produkten, något som myndigheten har förbisett, vilket är i strid mot de grundläggande rättigheterna i LOU. Karolinska har åsidosatt LOU på flera väsentliga punkter; främst 1 kap. 9 § likabehandlingsprincipen samt proportionalitetsprincipen. Vidare hänvisas till 15 kap. 7 § LOU samt vidare 6 kap. 4 och 7 §§ LOU där hänvisning till tekniska specifikationer inte får innehålla hänvisningar som innebär att något företag gynnas eller missgynnas. Tidigare domar visar att det inte är rimligt att ställa krav som totalt gynnar/missgynnar ett företag, jfr Länsrättens i Södermanlands län dom den 11 juli 2008 i mål nr 1272-02 samt Kammarrättens i Sundsvall dom den 9 december 2003 i mål nr 2831-03. Agerandet kan inte heller anses vara affärsmässigt när konkurrerande företag också äger frågan/beslutet om kompatibilitet och därmed sätter konkurrensen helt ur spel. Bolaget har tydligt angivit att samtliga skall-krav uppfylls och detta avser naturligtvis även skall-kravet angående anslutning till T-DOC.

Karolinska bestrider bifall till bolagets samtliga yrkanden och anför till stöd för inställningen i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med principerna i 1 kap. 9 § LOU och upphandlingslagstiftningen i övrigt. Även om bolagets anbud hade uppfyllt samtliga ställda skall-krav hade anbudet inte vunnit upphandlingen. Bolaget lider därför inte någon skada och grund för ingripande med stöd av 16 kap. 5 § LOU föreligger inte.

Skall-kravet

I punkten 2.1.18 i kravspecifikationen lyder kravet ”Autoklaver skall gå att använda med befintligt T-DOC-system”. Vid besök den 1 februari 2012 på av bolaget anvisade provuppställningar framkom att bolagets autoklaver inte var kompatibel med T-DOC. Detta bekräftades av en av de referenser

som bolaget lämnat i sitt anbud samt av T-DOC:s ägare. Bolaget anger i ansökan om överprövning att man under år 2011 har inlett ett samarbete med T-DOC:s ägare för att ta fram en fullständigt kompatibel anslutning. Detta visar att kompatibilitet varken fanns vid tidpunkten för anbudslämnande eller vid ansökan om överprövning. T-DOC:s ägare har uppgett att någon beställning ännu inte gjorts och att effektivering av en sådan kan ta sex till åtta månader. Presumtionen att ett skall-krav ska vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudslämnandet är så stark att endast en uttrycklig reglering i förfrågningsunderlaget torde kunna bryta den. Någon sådan finns inte och bolagets anbud ska därför förkastas. En bortre gräns för när skallkravet måste vara uppfyllt har kommit till uttryck i Kammarrättens i Stockholm dom den 1 april 2009 i mål nr 8441-08. Med stöd av det anförda kan konstateras att det inte heller har kunnat säkerställas att skallkravet kommer att vara uppfyllt vid avtalsstart.

Övriga grunder

Bolaget gör gällande att skallkravet som sådant strider mot proportionalitetsprincipen. Karolinska bestrider denna uppfattning. Upphandlingen är utförd i enlighet med principerna om likabehandling och icke-diskriminering genom att det i upphandlingen har varit fritt att offerera olika autoklaver förutsatt att de är kompatibla med T-DOC. Enligt T-DOC:s ägare finns det för närvarande autoklaver från nio olika tillverkare som är kompatibla på begärt sätt. Vidare är kravet på kompatibilitet proportionellt i förhållande till det eftersträvade syftet, nämligen kompatibilitet. Kravet är lämpligt och effektivt, kompatibilitet är absolut nödvändigt för att säkerställa spårbarheten och i förlängningen patientsäkerheten. Från rättspraxis kan omständigheterna och bedömningen i mål nr 568--570-08 från Kammarrätten i Jönköping av den 26 juni 2008 tillämpas analogt. Frågan i målet handlade bl.a. om ett skall-krav att vinnande leverantör skulle vara ansluten till ett visst informationssystem. Kammarrätten fann att det kravet inte stod i strid med proportionalitetsprincipen.

Av de övriga omständigheter som bolaget åberopat är Karolinska av uppfattningen att ett flertal saknar relevans för sakfrågan i målet. 15 kap. 7 § LOU, som åberopats av bolaget, är upphävd och gällde rätten att få delta i en urvalsupphandling, dvs inte ett öppet förfarande som nu är för handen. 6 kap. 7 § LOU är inte heller relevant eftersom den bestämmelsen reglerar hänvisningar till uppgifter om ursprung, tillverkning m.m. i förhållande till det som ska upphandlas (dvs i aktuellt fall autoklaverna). Karolinska har inte ställt några dylika krav på autoklaverna. Bolaget har även hänvisat till 6 kap. 7 § LOU och regleringen om miljömärken men något dylikt skall-krav har inte ställts. Även det av bolaget åberopade rättsfallet från Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2831-03, saknar relevans i målet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. 6 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Av RÅ 2009 ref. 69 följer att det är den som ansöker om överprövningen som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Bolaget har i ansökan huvudsakligen dels gjort gällande att det i målet aktuella skall-kravet måste anses uppfyllt eftersom den offererade produkten kommer att vara kompatibel med T-DOC systemet vid leverans, och dels har man gjort gällande att skall-kravet angående som sådant bl.a. strider mot likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och kravet på affärsmässighet. Den förstnämnda invändningen avser kvalificering och utvärdering av anbud och den sistnämnda avser förfrågningsunderlagets utformning. Eftersom förvaltningsrätten vid eventuella brister i förfrågningsunderlagets utformning inte har möjlighet att besluta om rättelse utan endast om att upphandlingen ska göras om bör frågorna i denna del besvaras först i målet.

Skall-kravets förenlighet med LOU

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande. En autoklav är en form av tryckkokare som steriliserar utrustning av en mängd olika material (t.ex. plast, textilier, glas eller metallvaror) och dessa används bl.a. i sjukvården och i laboratorier. Under punkten 2.1. i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns skall. Vidare anges att en förutsättning för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda och att kraven avser såväl krav på anbudsgivare/anbudet som på efterfrågad vara och eventuell tillhörande tjänst. Slutligen anges att det av anbudet ska

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

framgå att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda genom att anbudsgivaren fyller i aktuell punkt i bifogad Svarsblankett, bilaga 1. I förfrågningsunderlaget (punkt 2.1.18 i kravspecifikationen) anges följande: ”Autoklaverna skall gå att använda med befintligt T-doc system. T-doc systemet skall ha samma funktionalitet gentemot de nya autoklaverna med processloggning och vara kompatibelt med befintliga in- och utlastare. T-doc systemet är ett spårbarhetssystem, spårar instrumentens väg i hela processen”. Det är ostridigt i målet att T-DOC systemet ägs av det bolag som hade det vinnande anbudet.

Bolaget har gjort gällande att kravet på kompatibilitet med T-DOC systemet i sig strider mot flera av de principer som bär upp LOU, främst likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om affärsmässighet. Anledningen till detta är enligt bolaget bl.a. att det vinnande bolaget får anses ”äga” frågan om kompatibilitet eftersom man äger T-DOC systemet. Enligt förvaltningsrättens mening ligger det i sakens natur att man ställer krav på kompatibilitet när man upphandlar teknisk utrustning som ska användas tillsammans med annan redan befintlig teknisk utrustning. Att på något sätt förhindra eller förbjuda tillverkaren av den produkten som den offererade produkten ska vara kompatibel med från att lämna anbud skulle enligt förvaltningsrättens mening strida mot likabehandlingsprincipen. Karolinska har dessutom anfört att man i kontakter med T-DOC systemets ägare fått uppgift om att det på marknaden finns autoklaver från nio olika tillverkare som är kompatibla på begärt sätt. Förvaltningsrätten finner ingen anledning att ifrågasätta denna uppgift. Karolinska har vidare gjort gällande att syftet med kravet på kompatibilitet är att säkra spårbarhet och därmed i förlängningen patientsäkerheten. Bolaget har enligt förvaltningsrättens mening inte visat på några negativa effekter som kravet i sig skulle kunna åsamka och att kravet av den anledningen skulle vara oproportionerligt i förhållande till syftet. Vid en sammantagen bedömning finner därför förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att kravet på kompatibilitet strider mot likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen,

kravet på affärsmässighet eller någon annan av de grundläggande principer som ska efterlevas vid offentlig upphandling.

Skall-kravets uppfyllande

Det förvaltningsrätten här efter har att pröva är frågan om bolaget har uppfyllt skall-kravet i punkten 2.1.18 i kravspecifikationen angående kompatibilitet. Av handlingarna i målet framgår vidare att bolaget har svarat ”ja” på frågan om det skall-kravet är uppfyllt och som kommentar har bolaget lagt till ”Matachana har tillsammans med IT solution (leverantören av T-Doc) tagit fram en drivrutin till våra maskiner, detta betyder att de är 100 % kompatibla med ert befintliga T-docsystem.”. Av vad som anförts i bolagets ansökan om överprövning, i tilldelningsbeslutet samt av det som Karolinska har genmält får det anses klarlagt att den av bolaget offererade produkten inte var kompatibel med T-DOC systemet vid den tidpunkt som anbudet lämnades, trots att bolaget angett detta i anbudet. Vidare bör noteras att det inte är helt klarlagt huruvida den offererade produkten skulle vara kompatibel i samband med leverans eller inte.

Bolaget har i denna del huvudsakligen gjort gällande att skall-kravet måste förstås så att det ska vara uppfyllt i samband med leverans. Detta kan dock inte utläsas ur förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening måste huvudregeln vara att ett skall-krav ska vara uppfyllt när anbudet lämnas, om inget annat uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget eller t.ex. får anses vara oproportionerligt med hänvisning till syftet med upphandlingen (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 1 april 2009 i mål nr 8441-08). Det har inte framkommit någonting i målet som tyder på att det skulle vara oproportionerligt, strida mot likabehandlingsprincipen eller kraven på affärsmässighet att ställa krav på att produkten skulle vara kompatibel i samband med att anbudet lämnades. Karolinska får därmed anses ha haft fog för beslutet att utesluta anbudet från fortsatt utvärdering.

Inte heller det som bolaget anfört i övrigt visar att Karolinska har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Bolaget har därmed inte lidit skada. Eftersom det saknas skäl för beslut om åtgärd enligt LOU ska ansökan avslås.

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



Lena Forsmark

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Sara Westberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

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 var till 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU