



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2019-08-14
Meddelad i Malmö

Mål nr
13773-18

SÖKANDE

Omnitor AB, 556558-4413
Virkesvägen 2 A
120 30 Stockholm

Ombud: advokaten Daniel Wendelsson
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-08-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Omnitor AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 501657

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Region Skåne genomför med ett öppet förfarande en upphandling av programvaror för totalkonversation (dnr 2018-O000219). Av tilldelningsbeslut den 14 november 2018 framgår att Region Skåne beslutat att teckna avtal med nWise AB (nWise), Lidol AB (Lidol) och Aximore AB (Aximore).

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Omnitor AB (Omnitor) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att anbuden från Lidol, Aximore och nWise förkastas. Som grund för sin talan har Omnitor anfört bl.a. följande.

Bristande kravuppfyllnad

Anbuden från Lidol, Aximore och nWise brister i uppfyllnad av ett stort antal obligatoriska krav i upphandlingen och måste därför förkastas.

Generella krav i Kravspecifikationen

Lidol, Aximore och nWise uppfyller inte ska-kravet i **position 8**:

"Samtliga produkter ska ha ett specifikt artikelnummer och benämning. Endast ett artikelnummer, respektive benämning och pris får förekomma på respektive artikel. Upplägg ska följa Hjälpmedelstjänstens handbok"

Lidol och Aximore har i sina respektive prislistor identiskt artikelnamn/benämning på artiklar för programvara, förlängning anhöriglicens för samtliga operativsystem samt för samtliga hårdvaror. Lidol och Aximores anbud uppfyller därför inte kravet på att ha ett specifikt artikelnummer och benämning för samtliga produkter. nWise har i sin prislista identiskt artikel-

namn/benämning på artikel för programvara, förlängning programlicens, anhöriglicens och eventuell förlängning anhöriglicens för operativsystemen iOS och Android samt för mobiltelefon och surfplatta. nWise anbud uppfyller därför inte kravet på att ha ett specifikt artikelnummer och benämning för samtliga produkter.

Lidol, Aximore och nWise uppfyller inte ska-kravet i **position 10**:

"Följande dokument ska finnas på skriven svenska och tillgängligt i Hjälpmedelstjänsten samt på Leverantörens hemsida:

-Bruksanvisning

-Teknisk information (kan accepteras på engelska)

-Lathund/kort beskrivning med bildstöd riktad till Patienten

-Installationsanvisning

Aximore har ingen information på sin hemsida och har inga av de artiklar som finns i prisbilagan inlagda i Hjälpmedelstjänsten. Lidol har endast länkar till sin underleverantör på hemsidan. Lidol saknar vidare SKA-139 och SKA-235 i Hjälpmedelstjänsten trots att dessa finns i prisbilagan. nWise har endast snabbguider på sin hemsida. nWise saknar vidare MYM-SIP3 och MYM-TCP3 i Hjälpmedelstjänsten trots att dessa finns i prisbilagan. Ovanstående framgår av bifogade skärmdumpar.

Lidol, Aximore och nWise uppfyller inte ska-kravet i **position 11**:

"Följande dokument ska finnas på svenskt teckenspråk och tillgängligt i programvaran eller på Leverantörens hemsida:

-Lathund/kort information via länk till video eller liknande riktad till Patienten."

Aximore har ingen information på sin hemsida. Lidol har endast länkar till sin underleverantör på hemsidan. nWise har ingen information på sin hemsida på teckenspråk, utan endast snabbguide i text och bild finns. Detta framgår av bifogade skärmdumpar.

Lidol, Aximore och nWise uppfyller inte ska-kravet i **position 13**:

"Följande uppgifter ska finnas på Leverantörens hemsida gällande upphandlande programvaror:

- krav på prestanda
- krav på operativsystem
- lista på rekommenderad hårdvara

Leverantören ska kontinuerligt ansvara för att utveckla de tekniska specifikationerna som krävs för att programvaran ska fungera så optimalt som möjligt utifrån målgruppens behov. Informationen ska fortlöpande presenteras på Leverantörens hemsida."

Varken nWise eller Aximore har någon information på sina respektive hemsidor. Lidol har länkar till bolagets underleverantör på hemsidan. På underleverantörens hemsida finns inte samtliga krävda uppgifter.

Lidol, Aximore och nWise uppfyller inte ska-kravet i **position 24**:

"Leverantören ska upprätthålla kostnadsfri kvalificerad produktsupport på svenska via telefon, e-post och totalkonversation vardagar mellan 9-12 och 13-15 till Beställarens personal. Om svar inte kan ges direkt vid första kontakt ska svar ges senast nästkommande arbetsdag."

Aximore har ingen kontaktinformation på sin hemsida. Bolaget Europea i Malmö är underleverantör till både Aximore och Lidol och på bolagets hemsida framgår att support är mellan 10-16 endast via bildtelefon/texttelefon. Detta innebär att produktsupport via totalkonversation inte finns mellan 9-12 och 13-15. nWise har ingen kontaktinformation för totalkonversation på sin hemsida. Denna information finns inte heller i leverantörsinformationen.

Produktspecifika krav i Kravspecifikationen

Lidol och Aximore uppfyller inte ska-kravet i **position 4**:

"Programvaror för totalkonversation för hårdvarorna stationär dator/bärbar dator, surfplatta och mobiltelefon ska offereras."

Enligt artikelnamn/beskrivning i prisbilagan för Lidol har bolaget lämnat in programvaran "TM-Touch iOS programvara". Lidol har länkar till bolagets underleverantör på hemsidan, På underleverantörens hemsida finns viss text om TM-Touch avseende systemkrav. Av denna framgår det inte finns stöd för TM-touch på stationär dator/bärbar dator eller mobiltelefon. Enligt arti-

kelnamn/beskrivning i prisbilagan för Aximore har bolaget lämnat in följande programvara "TM-Touch iOS programvara". Aximore har ingen information på bolagets hemsida om denna programvara.

nWise uppfyller inte ska-kravet i **position 10:**

"SIP-kontot ska ingå i tre (3) år och ska kunna registreras mot valfritt SIP-register. D.v.s. Patienten ska kunna använda eget SIP-konto i enheten vid byte från annan Leverantör och när som helst, om så önskas, på egen hand ha möjlighet att byta till annat SIP-konto."

nWise har inte uppfyllt detta krav vilket följer av Förvaltningsrätten i Karlstads dom i mål nr 1115-14. Av bifogad skärmdump framgår att det inte finns något ställe i nWise programvara att ställa in SIP-konto för annan SIP-registrar (leverantör av SIP-konto), exempelvis domän, användarnamn och lösenord.

Aximore, Lidol och nWise uppfyller inte ska-kravet i **position 15:**

"Programvaran ska i sitt användarsnitt kunna innehålla en snabbkontakt för samtal till förmedlingens nödnummer 112@tolk.sip.nu. Denna snabbkontakt ska ingå i leverans och ska kunna justeras, då patienten har olika behov att nå 112. Patienten ska bara behöva trycka på förinlagd kontakt tex 112."

Eftersom enbart mjukvara ska levereras till Region Skåne ska detta krav uppfyllas genom att det finns i levererad mjukvara. nWise uppfyller inte detta krav. Enligt vad som framgår av bifogade skärmdumpar finns ingen snabbkontakt för samtal till förmedlingens nödnummer. Aximore och Lidol – som använder samma teknik – uppfyller inte detta krav. Enligt vad som framgår av bifogade skärmdumpar finns ingen snabbkontakt för samtal till förmedlingens snabbnummer.

Aximore, Lidol och nWise uppfyller inte ska-kravet i **position 20:**

"Programvaran ska innehålla en funktion som på ett enkelt sätt kontrollerar om problem med kontakt med SIP-server beror på servern eller allmän tillgänglighet till internet. Indikering på skärmen ska vari text (svenska) samt visa Patienten vad problemet beror på."

nWise programvara för PC uppfyller inte detta krav. Om programvaran startas utan allmän tillgänglighet till internet kommer en pop-up ruta upp som

inte går att förstå. Om programvaran är igång och tappar allmän tillgänglighet till internet står det "Utloggad" längst ner i vänster hörn. Om musen hålls ovanför "Utloggad" visas "Ingen anslutning till server". Detta är inte en tydlig indikering på att allmän tillgänglighet till internet saknas. Det är också svårt att upptäcka att programvaran har tappat allmän tillgänglighet till internet. Aximore och Lidol – som har samma teknik – uppfyller inte detta krav. Om programvaran är igång och tappar allmän tillgänglighet till internet står det "Registreringen misslyckades." längst ned i vänster hörn. Det finns ingen information om va problemet beror på. Det är också svårt att upptäcka att programvaran har tappat allmän tillgänglighet till internet.

Aximore, Lidol och nWise inte ska-kravet i **position 27**:

"Minst en av Leverantörens programvaror ska fungera med skärmläsare och därmed ge möjlighet att koppla in talsyntes och/eller punktskriftsdisplay. All läsbar text och alla valbara knappar i programvaran ska kunna förmedlas till en skärmläsare oavsett operativsystem. Leverantören ska på begäran ange hur och vilken typ av produkt som kan användas med aktuell programversion."

Nationellt Kunskapscenters för Dövblindfrågor, NKADB, har testat leverantörernas programvaror och presenterat resultatet 2018-11-19 under en konferens för tekniker och förskrivare av programvara för totalkonversation.

Aximore och Lidol – som har samma teknik – uppfyller inte kravet. TM-PC har endast delvis stöd för skärmläsare. TM-Mobile har varken stöd för texttelefonfunktion punktläsare eller skärmläsare. Detta framgår bifogad av skärmdump.

nWise uppfyller inte kravet. myMMX PC har endast delvis stöd för skärmläsare och stödjer ej texttelefonfunktion punktläsare. myMMX iPhone har endast delvis stöd för texttelefonfunktion punktläsare.

Anbuden från Lidol och Aximore är inte självständiga och oberoende av varandra

Enligt rättspraxis från EU-domstolen som meddelats under år 2018 (se bl.a. mål C-531/16) måste anbud i en offentlig upphandling som lämnats från företag vilka har en anknytning till varandra vara oberoende och självständiga från varandra. För att detta krav ska gälla behöver inte vara fråga om något samarbete mellan konkurrenter som skulle kunna strida mot konkurrensreglerna. Lidol och Aximore har en sådan anknytning till varandra genom att båda bolagen ägs och kontrolleras helt eller delvis av samma fysiska person. Att anbuden från Lidol och Aximore i upphandlingen inte, trots att de har samma verkliga huvudman, är oberoende och självständiga från varandra bekräftas av att de tekniska lösningarna som offereras i upphandlingen från de båda bolagen i stora delar är identiska. Det är således uppenbart att anbuden inte är självständiga och oberoende från varandra. Likabehandlingsprincipen i LOU kräver därför att anbuden förkastas eller bolagen utesluts från upphandlingen.

Sammanfattande slutsatser

Av ovanstående framgår att det finns mycket omfattande brister i Aximores, Lidols och nWises anbud avseende grundläggande funktionalitetskrav etc. Eftersom anbuden således brister i ett stort antal ska-krav måste de förkastas. Därutöver medför Aximores och Lidols ägarkopplingar och uppenbara likheter i offererad teknik att Region Skåne även av detta skäl är förhindrad enligt LOU att tilldela dessa bolag ramavtal i upphandlingen. Att Regionen trots detta har tilldelat bolagen ramavtalet strider mot LOU.

I upphandlingen kom det in totalt fyra anbud. Enligt Region Skåne ska högst tre leverantörer antas på ramavtalet. Om Lidol, Aximore och nWise inte tilldelas ramavtal i upphandlingen kommer Omnitor att tilldelas ramavtal.

Omnitor har därför lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av Region Skånes felaktiga beslut att anta Lido1, Aximore och nWise anbud. Även om rätten skulle finna att endast ett eller två av dessa leverantörers anbud ska förkastas, har Omnitor lidit eller riskerar lida skada. Förvaltningsrätten ska därför besluta om rättelse jämlikt 20 kap. 6 § LOU.

Region Skåne bestrider Omnitores begäran om överprövning och har anfört bl.a. följande.

Avtalsvillkor och övriga krav

Punkterna 10, 11, 13 och 24

Inledningsvis kan konstateras att punkterna 10, 11, 13 och 24 under fliken "Generella krav", inte utgör ska-krav som måste vara uppfyllda för att kunna antas som leverantör. Aktuella villkor är avtalsvillkor som för antagna leverantörer kommer att utgöra avtalsinnehåll. Att aktuella villkor utgör avtalsinnehåll framgår av bl.a. punkterna 3.5.1, 3.5.4, 3.5.9, 3.5.10 och 3.6.1 i RFQ. Vidare så får det mot bakgrund av att aktuella villkor alla till sin natur är sådana att de naturligen inte kan uppfyllas förrän vid avtalsstart och att de dessutom utgör sådana villkor som måste vara uppfyllda under viss tidsperiod (avtalstiden) anses uppenbart att aktuella villkor inte utgjort s.k. "ska-krav". Ett villkor som innebär att viss information ska finnas på leverantörernas hemsidor fyller naturligtvis ingen funktion om det skulle ses som ett villkor som enbart behöver vara uppfyllt vid utvärderingen. På samma sätt är ett villkor om att viss support ska finnas inte möjligt att uppfylla innan avtalsstart då detta hade förutsatt att leverantörer skulle bygga upp en supportadministration innan avtal tecknats. Ett sådant krav hade naturligtvis varit både ologiskt och oproportionerligt.

Att tolka aktuella villkor som ska-krav på det sätt som Omnitor gör gällande får mot bakgrund av ovanstående anses vara orimligt och varje rimligt

informerade och omsorgsfull anbudsgivare borde förstått att villkoren inte utgjort ska-krav.

Vad Omnitor för fram angående huruvida dessa villkor uppfyllts vid utvärderingen saknar mot bakgrund av ovanstående därför betydelse.

Punkterna 8 och 15

De krav som framgår av punkt 8 under fliken "Generella krav" och av punkt 15 under fliken "Produktspecifika krav" behöver vara uppfyllda tidigast vid avtalsstart.

Såvitt gäller krav enligt punkt 8 ska detta läsas tillsammans med det villkor som anges under punkt 7 som lyder "Leverantören ska senast sju (7) arbetsdagar efter att Beställaren aviserat att avtalet finns i Hjälpmedelstjänsten lägga till samtliga produkter som omfattas av avtalet. De krav som gäller enligt punkt 8 ska alltså inte vara uppfyllda förrän vid den tidpunkt som anges i villkor 7, dvs. senast sju dagar efter att Beställaren aviserat att avtalet finns i Hjälpmedelstjänsten.

Av punkt 15 framgår bl.a. följande "... ska i sitt användargränssnitt kunna innehålla...". Kravet är alltså inte avsett att i sig vara uppfyllt vid utvärderingen utan det som krävs är att det ska vara möjligt att uppfylla de krav som ställts i aktuell punkt.

Anbuden

Skärmdumpar

De produkter som offererats av anbudsgivarna utgör inte några "standardprodukter" utan har utvecklats, finkalibrerats och anpassats utifrån de aktuella krav som Region Skåne har ställt i upphandlingen. De offererade

produkterna utgör alltså unika produkter som endast saluförs inom ramen för upphandlingen. I de fall det finns likheter avseende vad vissa produkter benämns på skärmdumparna och vad offererade produkter benämns i de olika anbuden kan detta alltså inte tas för intäkt för att det skulle röra sig om identiska produkter.

De skärmdumpar som Omnitor hänvisar till för att styrka sina påståenden är delvis hämtade från anbudsgivarnas respektive hemsidor och delvis hämtade från andra företags och organisationernas hemsidor. Såvitt gäller den information som finns på anbudsgivarnas egna hemsidor får det mot bakgrund av att offererade produkter är specialanpassade för upphandlingen vara naturligt att dessa hemsidor inte utvisar alla egenskaper som de offererade produkterna har. Detta inte minst mot bakgrund av att hemsidorna inte utgjort en del av anbudsgivarnas anbud.

Såvitt gäller den information som är hämtad från andra företags och organisationernas hemsidor är det uppenbart att den information som finns där inte återspeglar de egenskaper som de offererade produkterna har då dessa företag och organisationer inte haft insyn i vilka produkter som offererat. Även om de haft det så får det anses uteslutet att de skall ändra sina hemsidor med anledning pga. detta.

Mot bakgrund av ovanstående får det anses högst oklart på vilket sätt som skärmdumparna skulle utvisa någon som helst egenskap angående de offererade produkterna. I den utsträckning sådant påstående görs så bestrids det.

Vidare bestrids att skärmdumparna verkligen utvisar de egenskaper som Omnitor gör gällande. De påståenden som görs finner inte stöd i de skärmdumpar som har getts in av Omnitor.

EU-domstolen

Såvitt gäller Omnitors hänvisning till mål C-531/16 ska följande sägas. Något krav på att anbud som lämnats av företag som har anknytning till varandra måste vara oberoende och självständiga från varandra, på det sätt som Omnitor påstår, finns inte. De anbud som Lidol och Aximore lämnat har varit oberoende och självständiga från varandra. Det bestrids även att upphandlingen genomförts på sätt som skulle vara i strid med likabehandlingsprincipen eller någon annan upphandlingsrättslig princip.

Sammanfattning

Mot bakgrund av ovanstående kan konstateras att antagna anbudsgivare uppfyllt ställda krav och att upphandlingen genomförts i enlighet med vad som gäller enligt LOU och tillämpliga rättsprinciper. Omnitors talan ska därför lämnas utan bifall.

Omnitor har därefter i yttrande till domstolen anfört bl.a. följande.

Som framhållits i ansökan om överprövning och som tydligt framgår av EU-domstolens avgörande i mål C-531/16, får Regionen inte anta anbud som lämnats från företag med nära anknytning till varandra och där anbuden således inte är oberoende och självständiga från varandra. EU-domstolen uttalade bl.a. följande i fråga om att anta sådana anbud och agerandets oförenlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna (artikel 2 i direktiv 2004/18), se punkt 40 i domen:

”Artikel 2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten, om den förfogar över upplysningar som medför att det kan ifrågasättas huruvida vissa anbudsgivares anbud är oberoende och självständiga, är skyldig att kontrollera, i förekommande fall genom att begära kompletterande upplysningar från anbudsgivarna, om deras anbud faktiskt är oberoende och självständiga. Om det visar sig att dessa erbjudanden inte är oberoende och självständiga, utgör artikel 2 i direktiv 2004/18 hinder mot att tilldela en anbudsgivare som har lämnat ett sådant anbud kontraktet.”

Eftersom Lidol och Aximore ostridigt har en nära anknytning till varandra och bolagens anbud inte är oberoende och självständiga från varandra. Region Skåne har i vart fall numera, genom informationen som framkommit i denna överprövningsprocess, vetskap om de relevanta upplysningar som ger anledning att förkasta Lidols och Aximores anbud. Regionen är därmed, enligt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09, skyldig att förkasta anbuden även om Regionen inte tidigare kände till kopplingen mellan Lidols och Aximores anbud.

Punkterna 10, 11, 13 och 24

Av kravspecifikationen framgår tydligt att samtliga ovannämnda krav är obligatoriska ”ska-krav” i Upphandlingen. Kraven har uttryckligen markerats med ”Ska” genom en separat kolumn i specifikationen. Att tolka kraven på något annat sätt än att de hänför sig till obligatoriska ”ska-krav” är därför inte rimligt. Det kan också konstateras att det inte finns någonting i upphandlingsdokumenten i övrigt som tyder på att kraven inte ska vara att betrakta som obligatoriska. De obligatoriska kraven som ställts i upphandlingen gäller även om de också återfinns som villkor i kommande avtal.

Punkterna 8 och 15

Det finns ingenting i ”Generella krav” (eller i någon annan förskrift i upphandlingsdokumenten) som talar för att kravet i punkt 8 ska läsas tillsammans med punkt 7 i ”Generella krav”. Kraven avser två olika saker. Det finns ingenting som anger att kravet i punkt 8 inte ska vara uppfyllt före tidpunkten för avtalets ingående, dvs. före tidpunkten då kravet i punkt 7 måste vara uppfyllt. Vidare finns heller ingenting i punkt 15 i ”Produktspecifika krav” (eller i någon annan förskrift i upphandlingsdokumenten) som talar för att kravet endast ”ska vara möjligt att uppfylla” såsom Regionen gjort gällande. Kravet har betecknats med ”Ska”, vilket ger vid handen att det är ett obligatoriskt krav.

Sammantaget anser Omnitor att de krav som framgår av punkt 8 i ”Generella krav” och punkt 15 i ”Produktspecifika krav” utgör obligatoriska krav i upphandlingen som ska vara uppfyllda av anbudsgivarna vid inlämnandet av anbud. Lidols, Aximores och nWises anbud har inte uppfyllt och anbuderna ska därmed förkastas.

Upphandlade produkter utgör standardprodukter

Regionens påståenden om att produkterna som anbudsgivarna offererat inte ska vara att anse som ”standardprodukter” är felaktigt. Omnitor kan konstatera att produkterna som nu är föremål för Upphandlingen även har upphandlats i flera tidigare offentliga avtal, bl.a. Hjälpmedelsinstitutets avtal, HI 2117 med beteckning ”Text- och bildtelefoner för totalkonversation”. Produkterna har upphandlats av olika aktörer ända sedan 2006 och det finns sedan länge färdiga standarder för produkternas utformning.

I upphandlingen rubriceras några av kraven ”Generella krav programvaror totalkonversation enligt ISO 222490” och ”Produktspecifika krav programvaror totalkonversation enligt ISO 222490”. Att det finns en ISO-standard illustrerar tydligt att produkterna är standardiserade och unika inom ramen för Upphandlingen. Vidare är det en allmän förutsättning i branschen att produkterna är interoperabla med varandra och med tolkförmedlingstjänsterna bildtelefoni.net och texttelefoni.se, vilket framgår i krav 2 i produktspecifika krav. Även detta visar att produkterna konstrueras enligt en allmän standard.

Det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att leverantörerna utbyter produkter med varandra för att kontrollera interoperabiliteten. Detta är också anledningen att Omnitor hämtat skärmdumpar med hänvisning till de produktspecifika kraven 10, 15 och 20 i ansökan om överprövning. Omnitor får återigen understryka att Regionens påståenden om att produkterna endast

säljs inom ramen för Upphandlingen är direkt felaktigt –
Totalkonversationsprodukter används som hjälpmedel i hela Sverige vid arbetsplatsanpassningar, bland annat vid stora statliga myndigheter som Arbetsförmedlingen och Försäkringskassan.

Skärmdumparna utgör relevanta bevismedel

Som redogjorts för ovan är de offererade produkterna inte specialanpassade för upphandlingen och det torde därför inte innebära några svårigheter för anbudsgivarna att tillhandahålla allmän information om produkterna på sina hemsidor. Dessutom följer av flera obligatoriska krav i kravspecifikationen att information om hur anbudsgivarna uppfyller kraven för standardprodukterna ska finnas tillgänglig på anbudsgivarnas hemsidor och det bör även noteras att anbudsgivarna i bilagan ”Leverantörsuppgifter” ska lämna uppgifter som bland annat inbegriper information och länk till anbudsgivarens hemsida.

Vad som anges på anbudsgivarnas hemsidor har alltså direkt betydelse för om anbudet kan antas i upphandlingen. Av denna anledning är det naturligtvis högst relevant att redogöra för skärmdumpar från Lidols, Aximores och nWises hemsidor och applikationer i syfte att visa att bolagen inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingen.

Att olika leverantörer skulle ha olika gällande versioner eller varianter av mjukvara för plattformarna Windows och iOS på det sätt som Region Skåne anför är mycket otroligt, då mjukvaran som avses är mycket kostsam och tekniskt komplicerad. Det kan konstateras att inte ens de riktigt stora amerikanska mjukvaruföretagen erbjuder sådana alternativa versioner av sin mjukvara. Region Skånes påstående i detta avseende är därför inte rimligt.

Region Skåne har därefter i yttrande till domstolen anfört bl.a. följande.

Självständiga och oberoende

Lidols och Aximores anbud är inte identiska eller ens lika. Anbudet är självständigt och oberoende och det har inte funnits och finns inte heller nu något som ger Region Skåne anledning att ifrågasätta att så är fallet.

Standardprodukter

I upphandlingen har ställts krav på att de offererade produkterna anpassas utifrån de specifika krav som ställs av Region Skåne. De funktioner, den prestanda och de övriga egenskaper som de offererade produkterna har överensstämmer alltså inte i alla delar med respektive produkts grundutförande. De krav som ställs i upphandlingen är inte desamma varken avseende tidigare upphandlingar som Region Skåne genomfört för att täcka sitt behov eller sådana upphandlingar som andra regioner och landsting genomfört.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. En förutsättning för

att en ansökan om ingripande mot en upphandling ska kunna vinna bifall är att sökanden visar att denne har lidit eller riskerat att lida skada av den påtalade bristen i upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Omnitors grunder för ansökan om överprövning

Omnitor har som grund för sitt yrkande om ingripande enligt LOU gjort gällande att Region Skåne har brutit mot LOU genom att inte förkasta anbuden från nWise, Lidol och Aximore trots att dessa inte har uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och trots att Lidol och Aximores inte är självständiga och oberoende från varandra.

Vilka krav utgör obligatoriska krav (även kallade ska-krav)?

Av upphandlingsdokumenten ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att ett anbud ska kunna antas (s.k. obligatoriska krav eller ska-krav). Sådana krav måste upprätthållas av upphandlande myndighet.

I upphandlingsdokumentet, administrativa föreskrifter punkt 1.3.3 Anbudsprövning anges bl.a. att ”... *Anbud ska uppfylla de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten. Anbud som inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav kommer inte att beaktas.*” Vidare anges i punkt 1.2.4 att ”*Produktspecifika/Tjänstespecifika krav framgår av Kravspecifikationen.*” Kravspecifikationen som är en del av upphandlingsdokumentet, i form av en bilaga till de administrativa föreskrifterna, består av en beskrivning av målgrupp och användning, generella krav, produktspecifika krav och en prisbilaga. De generella kraven och de produktspecifika kraven har markerats med ”Ska” genom en separat kolumn i specifikationen. I kolumnen intill ska anbudsgivaren svara ja eller nej.

Mot bakgrund av upphandlingsdokumentets utformning och innehåll anser förvaltningsrätten att såväl de generella kraven som de produktspecifika kraven i måste anses utgöra sådana obligatoriska krav i upphandlingen som måste uppfyllas för att ett anbud ska få antas.

När ska obligatoriska krav vara uppfyllda?

Ställda obligatoriska krav i en upphandling ska som huvudregel vara uppfyllda vid anbudsgivandet om inget särskilt anges i upphandlingsdokumentet, förutsatt att detta inte är oproportionerligt med hänsyn till kravets beskaffenhet (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs domar den 11 december 2014, mål nr 3688-14, samt den 5 april 2012, mål nr 26-12).

Angripna anbuds uppfyllelse av de generella kraven

Omnitor har gjort gällande att anbuden från Lidol, Aximore och nWise inte uppfyller de generella kraven i position 8, 10, 11, 13 och 24.

Krav angivna i position 6 – 8 avser samtliga Hjälpmedelstjänsten. I position 7 anges att leverantören senast sju arbetsdagar efter att Beställaren aviserat att avtalet finns i Hjälpmedelscentralen lägga till samtliga produkter som omfattas av avtalet. I position 8 ställs följande krav. *”Samtliga produkter ska ha ett specifikt artikelnummer och benämning. Endast ett artikelnummer, respektive benämning och pris får förekomma på respektive artikel. Upplägg ska följa Hjälpmedelstjänstenshandbok.”* Enligt förvaltningsrättens mening måste krav i position 8 läsas tillsammans med krav i position 7. Det innebär att det i upphandlingsdokumentet särskilt anges en annan tid för kravuppfyllnad än vid anbudsingivandet avseende krav i position 8. Vad Omnitor har anfört innebär således inte att angripna anbud inte uppfyller kravet ifråga. Det har inte visats att kravet inte kommer att vara uppfyllt vid angiven tidpunkt.

Vad avser krav i position 10, 11, och 13 går det inte direkt av upphandlingsdokumentet att utläsa när kraven ifråga ska vara uppfyllda. Mot bakgrund av kravens innehåll, innebärande att anbudsgivarna ska anpassa sina hemsidor samt lägga till viss information i Hjälpmedelscentralen efter Region Skånes önskemål med anledning av den aktuella upphandlingen, anser förvaltningsrätten dock att det skulle vara oproportionerligt att kräva att detta ska uppfyllas redan vid anbudsgivningen. Vidare är det, enligt förvaltningsrättens mening, oproportionerligt att begära att kraven som ställs i position 24, innebärande bl.a. att leverantören ska ha produktsupport under vissa av Regionens angivna tider, ska uppfyllas redan vid anbudsgivandet, dvs. innan leverantören vet om denne kommer att erhålla kontrakt i upphandlingen eller inte, då detta kan föranleda stora kostnader för anbudsgivaren. Mot bakgrund av ovanstående anser förvaltningsrätten att kraven ifråga inte behöver uppfyllas förrän vid avtalsstart, oaktat att detta inte har angivits av Region Skåne i upphandlingsdokumentet. Vad Omnitor har anfört visar inte att anbudet inte uppfyller kraven vid avtalsstart.

Angripna anbuds uppfyllelse av de produktspecifika kraven

Omnitor har gjort gällande att anbudet från Lidol och Aximore och inte uppfyller de produktspecifika kraven i position 4, att nWise inte uppfyller kraven i position 10 samt att Lidols, Aximores och nWises anbud inte uppfyller kraven i position 15, 20 och 27. Som bevis för detta har Omnitor bifogat en rad skärmdumpar.

I position 15 ställs krav på att programvaran i sitt användargränssnitt ska kunna innehålla en snabbkontakt för samtal till förmedlingens nödnummer och att denna snabbkontakt ska ingå i leverans och ska kunna justeras. Enligt Omnitor uppfyller Aximores, Lidols och nWises anbud inte kravet eftersom det inte finns någon snabbkontakt för samtal till förmedlingens nödnummer i deras offererade produkter. Såsom kravet är formulerat krävs

emellertid endast att möjligheten för en sådan snabbkontakt finns och att denna finns vid leverans och då kan justeras. Vad Omnitor har anfört innebär således inte att kravet i position 15 inte är uppfyllt.

Vad gäller de produktspecifika kraven i position 4, 10, 20 och 27 har Region Skåne anfört att de offererade produkterna är specialanpassade för Region Skåne i den aktuella upphandlingen och att anbuderna från Aximore, Lidol och nWise uppfyller de aktuella kraven. Förvaltningsrätten anser, utifrån att produkterna är specialanpassade för Region Skåne, att Omnitor inte lyckats visa att Region Skåne i denna del har gjort en felaktig bedömning av anbudens kravuppfyllnad.

Självständiga och oberoende anbud

Omnitor har gjort gällande att anbuderna från Aximore ska förkastas då de inte är oberoende och självständiga från varandra och att Region Skåne därmed – enligt likabehandlingsprincipen – skulle vara förhindrad att teckna avtal med de ifrågavarande bolagen.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att Lidol och Aximore har anknytning till varandra eftersom den person som äger och helt kontrollerar Lidol även delvis äger och kontrollerar Aximore. Frågan är om detta förhållandet, samt den upphandlande myndighetens agerande med anledning härav, innebär att anbuderna från Lidol och Aximore borde ha förkastats.

Vid bedömningen bör utgångspunkt främst tas i EU-domstolens avgörande i målet *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324). EU-domstolen konstaterar i sitt avgörande att EU-rätten inte innehåller något generellt förbud för företag som har band sinsemellan att lämna anbud i ett förfarande för offentlig upphandling. Det framgår vidare av rättspraxis att med hänsyn till EU:s intresse av att säkerställa att så många anbudsgivare

som möjligt deltar i ett anbudsförfarande skulle det motverka en effektiv tillämpning av EU-rätten att systematiskt utesluta anknutna företag från rätten att delta i samma förfarande för offentlig upphandling. Det finns under anbudsförfarandet inte heller någon skyldighet för anbudsgivare att på eget initiativ deklarerat sina band till andra anbudsgivare. Om en upphandlande myndighet får kännedom om objektiva omständigheter som medför att det kan ifrågasättas huruvida ett anbud är självständigt och oberoende, ankommer det emellertid på denna myndighet att undersöka samtliga relevanta omständigheter som lett till att det aktuella anbudet lämnades för att förhindra och upptäcka fel som begåtts under anbudsförfarandet samt att åtgärda dessa. Detta innefattar i förekommande fall förelägganden till parterna om att de ska inkomma med vissa uppgifter och bevis. Vad avser frågan vilken nivå av bevisning som krävs för att styrka att det föreligger anbud som varken är oberoende eller självständiga konstateras att effektivitetsprincipen kräver att bevisningen för att EU:s regler om upphandling har åsidosatts inte bara kan utgöras av direkt bevisning, utan även av indicier, under förutsättning att dessa är objektiva och samstämmiga, och under förutsättning att anknutna anbudsgivare tillåts att anföra bevisning för att vederlägga detta påstående. Enligt EU-domstolen räcker det i princip att konstatera att kopplingarna mellan anbudsgivarna påverkat innehållet i deras anbud i samma förfarande för att dessa anbud inte ska behöva beaktas av den upphandlande myndigheten, eftersom anbud måste presenteras på ett fullständigt oberoende och självständigt sätt när de kommer från anknutna anbudsgivare. För att den upphandlande myndigheten automatiskt ska kunna utesluta dessa anbud från anbudsförfarandet är det däremot inte tillräckligt att det blott konstateras att det mellan de berörda företagen föreligger ett kontrollförhållande på grund av ägarskap eller rösträtt av en viss omfattning på bolagsstämmor, utan att det prövas huruvida detta förhållande konkret medför att nämnda anbud inte är oberoende.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att EU-rätten inte innehåller något generellt förbud för företag som har band sinsemellan att lämna anbud i ett förfarande för offentlig upphandling. Den upphandlande myndigheten har dock en skyldighet att i vissa fall, då sådana företag deltar i samma upphandlingsförfarande, vidta utredningsåtgärder för att förhindra och upptäcka fel som begåtts under anbuds-förfarandet samt att åtgärda dessa. Om det konstateras att den upphandlande myndigheten har underlåtit att vidta erforderliga åtgärder torde detta, enligt förvaltningsrättens mening, vid en överprövning kunna utgöra grund för ett ingripande enligt LOU. Av avgörandet från EU-domstolen kan det emellertid inte närmare utläsas när det kan anses föreligga objektiva omständigheter som medför att det kan ifrågasättas huruvida ett anbud är självständigt och oberoende, vilket skulle föranleda den upphandlande myndigheten att vidta utredningsåtgärder. Att det i avgörandet talas om objektiva omständigheter och indicier torde, enligt förvaltningsrättens mening, tala för att det ska röra sig om sådant som den upphandlande myndigheten uppmärksammar vid en genomgång av de lämnade anbuden. Samtidigt torde inte enbart den omständigheten att två företag i upphandlingsförfarandet har anknytning till varandra i sig föranleda den upphandlande myndigheten att vidta utredningsåtgärder, utan det bör även finnas omständigheter som ger anledning att anta att kopplingarna mellan anbudsgivarna har påverkat innehållet i deras anbud i samma förfarande.

Förvaltningsrätten kan konstatera att Region Skåne inte har vidtagit några utredningsåtgärder med anledning av Lidols och Aximores anknytning till varandra. Såvitt framgått har anknytningen mellan företagen emellertid inte varit känd för Region Skåne under upphandlingsförfarandet eller på annat sätt kunnat utläsas av de lämnade anbuden. Som tidigare nämnts finns det inte en skyldighet för anbudsgivare att på eget initiativ deklarerera sina band till andra anbudsgivare. Inte heller kan det av EU-domstolens avgörande utläsas att det skulle föreligga en skyldighet för en upphandlande myndighet att aktivt inhämta uppgifter om eventuell anknytning mellan anbudsgivare. I

detta avseende kan det således, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses visat att Region Skåne har underlåtit att vidta erforderliga utredningsåtgärder, i den mening som avses i EU-domstolens avgörande. Region Skånes agerande under upphandlingsförfarandet har således, i dessa avseenden, varit korrekt och kan därför inte föranleda ett ingripande enligt LOU.

Fråga är då om det nu har framkommit omständigheter som visar att de lämnade anbuden från Lidol och Aximor inte har varit oberoende och självständiga från varandra och med anledning härav ska förkastas. Även om sådana omständigheter har framförts först i överprövningsprocessen ska de beaktas vid bedömningen av om anbuden uppfyller dessa krav (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Region Skåne har uppgett att det varken tidigare eller numera har funnits skäl att ifrågasätta att anbuden från Lidol och Axmore är självständiga och oberoende. Region Skåne har även framhållit att bolagens anbud inte är identiska eller ens lika. Förvaltningsrätten kan i detta avseende konstatera att anbuden till sitt innehåll skiljer sig åt. Omnitor har som grund för sin talan i denna del endast anfört att bolagen har samma verkliga huvudman och att bolagens anbud därutöver innehåller i stora delar samma tekniska lösningar. Förvaltningsrätten anser att de omständigheter som Omnitor har åberopat om ägande och kontroll av bolagen samt avseende offererade tekniska lösningar inte på ett konkret sätt visar att Lidols och Axmores anbud inte har varit oberoende och självständiga. Vad Omnitor har anfört i denna del kan därmed inte anses utgöra grund för ett ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad Omnitor har anfört inte visar att Lidols, Axmores och nWises anbud inte uppfyller ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Det kan inte heller anses visat att anbuden från

Lidol och Aximore inte har varit självständiga och oberoende. Vad Omnitor har anfört utgör därmed inte grund för ingripande enligt LOU, varför yrkandet härom följaktligen ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Henrik Hedberg
Rådman

Anna Aktermo har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

