



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2016-04-05
Meddelad i
Malmö

Mål nr
13741-15



SÖKANDE

CompuGroup Medical Sweden AB, 556349-5893
Box 1841
751 48 Uppsala

Ombud: advokaterna Rickard Haglund och Thomas Lindqvist samt
jur. kand. Bojana Saletic
Advokatfirman Hammarskiöld & Co
Box 2278
103 17 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår CompuGroup Medical Sweden AB:s ansökan om
ingripande enligt LOU.

Dok.Id 309010

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
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne (regionen) genomför en offentlig upphandling av underhåll, utveckling och support av regionens befintliga IT-system Melior. Upphandlingen har genomförts med förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. Enligt meddelandet om frivillig förhandsinsyn som publicerats har Cerner Sverige AB (Cerner) tilldelats kontraktet.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

CompuGroup Medical Sweden AB (CompuGroup) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Alternativt yrkas, för det fall rätten finner att beslutsförslaget inte utgör grund för den aktuella upphandlingen, att upphandlingen ska göras om samt att den direktupphandling avseende de beslut som framgår av beslutsförslaget gällande regionens IT-system Melior, nya moduler och ny plattform ska göras om. Som grund för sin talan anför CompuGroup i huvudsak följande.

Melior är ett befintligt journalsystem som används inom specialistvården och som numera tillhandahålls av Cerner. PMO är ett befintligt journalsystem som används inom öppenvården och tillhandahålls av CompuGroup. Regionen avser nu att konsolidera dessa två befintliga journalsystemen genom att genomföra en uppgradering av Melior. Beslutet att tilldela Cerner kontraktet har föregåtts av ett av regionstyrelsen upprättat beslutsförslag. CompuGroup anser att beslutsförslaget klart och tydligt utgör grund för den aktuella upphandlingen.

CompuGroup har begärt att få ut handlingar med anknytning till regionens avtalsförhållande till Siemens (som tidigare tillhandahöll Melior) och Cerner. Regionen säger sig inte ha tillgång till två av de avtal från åren 1996 och 1999 som ligger till grund för dess avtalsförhållande till Siemens och

Cerner. Detta trots att avtalet utgör en ”kontraktshandling” enligt det ramavtal från år 2003 som nu ska gälla. 2003 års ramavtal upphandlades inte enligt LOU och utgör en otillåten direktupphandling. Ett ramavtal får inte gälla längre än fyra år om det inte föreligger särskilda skäl. Det är synnerligen anmärkningsvärt att avtal som tecknades för nästan 20 år respektive 17 år sedan samt i synnerhet 2003 års ramavtal som tecknades för 13 år sedan i något avseende kan anses vara gällande i dag.

Vad som avses med det befintliga IT-systemet Melior klargörs inte i meddelandet om frivillig förhandsinsyn och vad som avses med ”uppgradering” av Melior klargörs inte i beslutsförslaget. Det framgår dock att regionen trots flera försök i samarbete med Siemens inte lyckades utveckla ett fungerande elektroniskt remiss- och svarssystem. I samband med att Siemens i augusti 2014 överlät sin division med inriktning mot IT-lösningar för sjukvård till Cerner har diskussioner om att slutleverera inte levererad avtalad remiss- och svarslösning återupptagits med Cerner. Det framgår inte med stöd av vilket avtal sådan leverans skulle ha skett. Den lösning som regionen beställer av Cerner kallas för Melior+. Vad som innefattas i Melior+ går inte exakt att utläsa men kan tolkas som att regionen avser att beställa Cerners standardprogram för ett svars- och remissystem samt utveckling av nuvarande plattform och detta inom ramen för regionens samarbete med Stockholm läns landsting och Västra Götalandsregionen vars ändamål är att utveckla ett gemensamt vårdinformationssystem för hälso- och sjukvården.

Enligt beslutsförslaget avser regionen att Cerner ska leverera den standardprodukt som de tillhandahåller sina andra kunder i stället för avtalad remiss- och svarslösning. En beställning från Cerner handlar om leverans av en standardprodukt som inte på något sätt är knuten till Melior. Inköp av Cerners standardprodukt regleras varken i 1996 års avtal eller i 2003 års ramavtal. Regionens beslut att inköpa Cerners standardprodukt för remiss och svar utgör en väsentlig ändring och utvidgning av 2003 års ramavtal. Beslutet

utgör därför en otillåten direktupphandling. En remiss- och svarsmodul av det slag Cerner avser leverera behöver således inte levereras inom ramen för Melior och är en produkt som övriga leverantörer inklusive CompuGroup skulle kunna leverera eller utveckla eftersom det inte erfordrar tillgång till källkoden för Melior. Regionen har därför inte stöd för sitt påstående att regionen har rätt att direktupphandla Cerners standardprodukt för remiss och svar med hänvisning till att Cerner har ensamrätt till källkoden för Melior.

Enligt beslutsförslaget kan dock nuvarande Melior inte stödja Cerners standardprodukt utan Melior måste vidareutvecklas till en ny plattform som kommer att heta Melior+. Denna utveckling av Melior innebär i själva verket leverans av en helt ny produkt. Eftersom det handlar om införande av en ny produkt/plattform saknar tillgång till källkoden betydelse. Den nya produkten/plattformen som kommer att utgöra grund för både informationssystem för öppenvård och specialistvård kommer att ha en helt annan källkod än nuvarande Melior. Då det handlar om två olika produkter/plattformar anser CompuGroup att beställningen av den nya produkten medför en väsentlig förändring av avtalet. Leveransen avser en helt ny produkt som regionen är skyldig att upphandla. Eftersom regionen inte visat att Cerner på grund av källkoden har ensamrätt att leverera den produkten/plattformen utgör detta en otillåten direktupphandling.

I beslutsförslaget anges vad gäller uppgraderingen av Melior att det inte torde finnas någon annan än Cerner som kan utföra uppgraderingen med tillhörande integrationsarbete. Någon närmare förklaring eller motivering till påståendet ges inte utöver konstaterandet att uppgraderingen rör en del av befintligt och synnerligen komplext journalsystem och att Cerner har ensamrätt att tillhandahålla underhåll, utveckling och support av Melior. Regionen måste styrka att det inte är möjligt för någon annan leverantör än Cerner att genomföra uppdraget. Det räcker således inte att regionen önskar köpa tjänster eller produkter från Cerner utan regionen måste visa att det är

absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas Cerner, något som regionen inte har visat. Undantagsbestämmelsen för direkttilldelning är tillämplig endast under förutsättning att de underliggande avtalen är korrekt upphandlade, se Länsrätten i Stockholms län mål nr 14710-08. I det nu aktuella målet är det avtal – 2003 års ramavtal – som regionen baserar upphandlingen på inte korrekt upphandlat och kan därmed inte ligga till grund för ytterligare direktupphandlingar. Regionen har inte visat att förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU är uppfyllda. I övrigt saknas dokumentation såsom t.ex. ett protokoll i enlighet med 9 kap. 12 § 3 LOU innehållande skälen till valet av förfarande.

Det kan inte utläsas av 2003 års ramavtal att det finns en rätt för regionen att uppgradera Melior. Regionen kan inte uppvisa någon dokumentation angående den granskning av extern juridisk kompetens som sägs ha genomförts angående förslaget om uppgradering till Melior+ och därigenom inte klargjort på vilken grund regionen anser att direktupphandling kan ske. Det är i beslutsförslaget tydligt att beställningen från Cerner i själva verket inte bara syftar till en uppgradering av det befintliga systemet Melior utan till en konsolidering av två separata journalsystem. Enligt vad som anges i protokollet från regionstyrelsens sammanträde är också förslaget att genomföra konsolideringen av de två informationssystemen *som en uppgradering av ett av de befintliga systemen, Melior*. En sådan uppgradering kan inte rätteligen ske enligt det tillvägagångssätt som regionen valt dvs. en direktupphandling. Regionen har inte visat att någon av de delar av upphandlingen som beskrivs av regionen – beställningen av en ”standardprodukt” från Cerner, uppgraderingen till Melior+ och konsolideringen av de två befintliga journalsystemen – uppfyller de krav som LOU föreskriver såvitt gäller de fall då förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillåtet.

Det underhållsavtal som regionen avser att direkttilldela Cerner har en giltighetstid på 10 år men avser underhåll av ett system vars användning kom-

mer att upphöra inom tre år. Att teckna ett sådant avtal saknar logik när det redan finns underhålls- och supportavtal parterna emellan. Den enda anledningen att teckna ett sådant avtal är att införskaffa en ny produkt eftersom Melior har integrationsproblem och ska fasas ut. Cerners tillgång till källkod för Melior är därmed utan betydelse och regionen har inte visat att Cerner är den enda leverantören som kan leverera de efterfrågade produkterna.

Regionen har genom att tilldela Cerner kontraktet genomfört en otillåten direktupphandling i strid med bestämmelserna i LOU. Genom att tillämpa ett förfarande utan föregående annonsering har CompuGroup inte beretts möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Om upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU hade CompuGroup kunnat delta i upphandlingen. Då detta inte varit möjligt har regionens agerande lett till skada.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Regionen har genomfört en upphandling av underhåll, utveckling och support av regionens befintliga IT-system Melior. CompuGroup synes vara av uppfattningen att regionen genomfört en otillåten direktupphandling samt att beslutsförslaget spelar en roll i vilken tjänst som antagen leverantör ska leverera. CompuGroup redogör för regionstyrelsens beslutsförslag men på vilket sätt beslutsförslaget styrker påståendet om att upphandlingen skulle vara otillåten framgår inte. CompuGroup anför inte heller några andra skäl eller grunder till varför upphandlingen skulle vara otillåten. CompuGroup för fram en rad spekulationer och gissningar om vilken produkt och vilka tjänster det är som kommer att levereras med anledning av upphandlingen.

Regionen är av uppfattningen att beslutsförslaget och vad som framgår av detta saknar betydelse för den nu aktuella frågan då beslutsförslaget inte utgör en del av upphandlingen. Upphandlingen utgörs endast av avtalsutkastet och de bilagor som anges däri. Regionen har för avsikt att förvärva de

tjänster som anges i avtalsutkastet och har avsett att ingå avtal med Cerner om bl.a. uppgradering av IT-systemet Melior. Det som därför, enligt regionens uppfattning, är under prövning i målet är om det funnits förutsättningar för att upphandla avtal genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Av 4 kap. 5 § 2 LOU framgår att det är möjligt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Regionen har en nyttjandelicens avseende IT-systemet Melior och avser genom upphandlingen köpa vissa tjänster bl.a. underhåll, utveckling och support av detta IT-system. För att kunna genomföra dessa tjänster måste leverantören av dessa tjänster ha tillgång till källkoden för nämnt IT-system. Cerner äger aktuell källkod och enligt uppgift från Cerner finns det inget annat företag som genom licens eller på annat sätt getts tillgång till källkoden. Cerner har således sådan ensamrätt till den källkod som är en förutsättning för att kunna utföra de tjänster som upphandlats. CompuGroup har inte ens påstått att de kan leverera tjänsten. Cerner är på grund av ensamrätt till aktuell källkod den enda leverantör som kan utföra den upphandlade tjänsten. Den omständigheten att det som upphandlats utgörs av tjänster som i någon mening ska utföras på ett tidigare upphandlat IT-system ändrar inte det faktum att endast Cerner kan tillhandahålla den aktuella tjänsten.

Frågan om en annan tidigare upphandlad tjänst varit korrekt upphandlad eller inte kan inte prövas inom ramen för det aktuella målet. 2003 års ramavtal har dock varit korrekt upphandlat. 2003 års ramavtal har endast utgjort ett ramavtal i de delar där det varit möjligt att göra avrop t.ex. underhåll och support. Den del som utgör en licensupplåtelse avseende IT-systemet Melior är inte ett ramavtal. Då antagen leverantör måste ha tillgång till aktuell källkod för att kunna utföra tjänsterna måste CompuGroup kunna visa att de genom licens eller på annat sätt har tillgång till denna källkod. Kan de inte visa detta har de inte kunnat styrka att de lidit eller riskerat att lida skada.

Regionens uppfattning är att CompuGroup saknar tillgång till källkoden på sådant sätt att de kunnat utföra tjänsten. CompuGroup kan inte leverera den aktuella tjänsten. Det kan konstateras att det funnits förutsättningar för att kunna genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering varför upphandlingen inte strider mot LOU. Även om upphandlingen skulle visa sig innehålla de brister som CompuGroup påstår har CompuGroup inte lidit eller riskerat lida någon skada då de inte kunnat antas som leverantör.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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.

Av 4 kap. 5 § 2 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

CompuGroup har ansökt om överprövning av upphandlingen benämnd underhåll, utveckling och support av regionens IT-system Melior för vilken meddelande om frivillig förhandsinsyn har publicerats. I meddelandet om

frivillig förhandsinsyn anges klart och tydligt att nuvarande avtal ska ersättas med ett nytt underhålls-, utvecklings- och supportavtal och av avtalsutkastet framgår att avtalets omfattning innefattar fortlöpande utveckling och underhåll på systemet samt support. Det står därmed klart att regionen ska ingå ett nytt avtal avseende underhåll, utveckling och support av IT-systemet Melior. Huruvida 2003 års ramavtal utgör en otillåten direktupphandling eller inte är inte föremål för prövning inom ramen för aktuellt mål. Det är således aktuell upphandling avseende underhåll, utveckling och support av IT-systemet Melior som är föremål för förvaltningsrättens prövning.

Det i målet av CompuGroup genomgångna beslutsförslaget *Investeringar 2015 - uppgradering Melior* utgör ett förslag. Beslutsförslaget har i sin tur legat till grund för regionstyrelsens beslut i vilket regionstyrelsen ger regiondirektören i uppdrag att starta ett projekt med inriktning att konsolidera de befintliga journalsystemen Melior och PMO genom uppgradering av Melior som benämns Melior+. Regionen har anfört att beslutsförslaget inte utgör en del av upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit skäl att ifrågasätta denna uppgift. Förvaltningsrätten anser inte heller att regionstyrelsens beslut, att ge regiondirektören i uppdrag att starta ett projekt, utgör en direktupphandling i LOU:s mening.

Regionen avser att tilldela en leverantör ett kontrakt avseende underhåll, utveckling och support av regionens IT-system Melior. Som huvudregel gäller att en offentlig upphandling ska annonseras så att leverantörerna får information om de offentliga upphandlingar som ska genomföras och därmed ges möjlighet att lämna anbud. I 4 kap. 5 § LOU uppställs emellertid undantag från annonseringsskyldigheten. Enligt 4 kap. 5 § 2 LOU får ett kontrakt tilldelas utan föregående annonsering bl.a. om ett kontrakt, på grund av ensamrätt, endast kan fullgöras av en viss leverantör. Att förfarandet ska tillämpas restriktivt beror på att det medger att den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till en enda leverantör utan konkurrensutsätt-

ning. Bevisbördan för att undantaget är tillämpligt åvilar den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten måste således kunna visa att det inte är möjligt för någon annan än den tilltänkta leverantören att genomföra uppdraget. Frågan i målet är således om regionen förmått visa att Cerner har sådan ensamrätt att endast Cerner kan leverera det aktuella upphandlingsföremålet.

Enligt regionen måste leverantören ha tillgång till källkoden för IT-systemet Melior för att kunna genomföra de aktuella tjänsterna, dvs. underhåll, utveckling och support. Vidare gör regionen gällande att Cerner äger aktuell källkod, att det inte finns något annat företag som genom licens eller på annat sätt getts tillgång till aktuell källkod och att Cerner således har ensamrätt till källkoden. Cerners VD har i ett brev bekräftat att Cerner-koncernen äger samtliga immateriella rättigheter till systemet, att Cerner-koncernen innehar en exklusiv ensamrätt att utveckla, lämna support och underhålla systemet samt att Cerner-koncernen inte har beviljat någon tredje part någon av de rättigheter som krävs (t.ex. licens att använda eller modifiera systemets källkod) för att lämna support, utveckla eller erbjuda underhållstjänster till systemets användare.

Förvaltningsrätten finner, utifrån vad som framkommit i målet, att regionen visat att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 2 LOU är tillämplig i aktuell upphandling. Det föreligger således förutsättningar för att tilldela kontrakt utan föregående annonsering. CompuGroup har inte heller visat att bolaget lidit eller riskerar att lida skada på grund av avsaknad av protokoll i enlighet med 9 kap. 12 § 3 LOU.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att CompuGroup inte förmått visa att regionen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. CompuGroups ansökan härom ska därför avslås.

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



Louise af Klint

Maria Persson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.