



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2013-01-29
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 6498-12
 6527-12
 6587-12

SÖKANDEN

1. Mål nr 6498-12
 KEN Hygien System, 516403-5171
 Kungsgatan 43 BV
 632 20 Eskilstuna

2. Mål nr 6527-12
 AD MediCal AB, 556544-0178
 Fiskhamngatan 6 A
 414 58 Göteborg

3. Mål nr 6587-12
 Miele AB, 556138-9668
 Industrivägen 20
 171 27 Solna

MOTPART

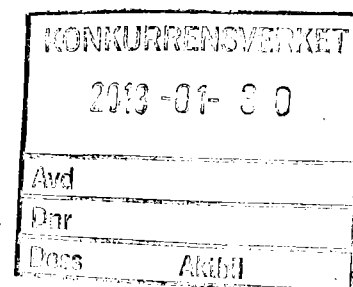
Landstinget i Sörmland, Upphandlingsenheten, 232100-0032
 611 88 Nyköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.



Dok.Id 108575

Postadress
 Box 406
 581 04 Linköping

Besöksadress
 Brigadgatan 3

Telefon
 013-25 10 00
E-post:
 forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
 013-25 11 40

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

Enhet 2

BAKGRUND

Landstinget i Sörmland genomför upphandlingen Diskdesinfektioner och autoklaver, referensnummer DU-UPP11-020. Syftet med upphandlingen är att anskaffa nya autoklaver och diskdesinfektorer med samma funktionalitet som befintlig utrustning. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande där grund för tilldelning av kontraktet är ekonomiskt mest fördelaktiga. I tilldelningsbeslut meddelat den 5 oktober 2012 har Landstinget beslutat att teckna avtal med annat bolag än ansökande leverantörer.

ANSÖKAN OM ÖVERPRÖVNING

KEN Hygien System (KEN) ansöker om överprövning och har som grund för sin talan åberopat att det i förfrågningsunderlaget förekommer skallkrav som gör att enbart en leverantör kan lämna ett komplett anbud och att upphandlingen således strider mot principen om likabehandling. KEN yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

AD MediCal AB (MediCal) ansöker om överprövning och har som grund för sin talan åberopat att skallkraven i upphandlingen utesluter samtliga leverantörer utom den nuvarande leverantören. MediCal yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Miele AB (Miele) ansöker om överprövning och har som grund för sin talan åberopat att landstinget förfarit i strid med 6 kap. 4 § LOU och proportionalitetsprincipen genom att ställa krav som inte står i proportion med det som upphandlats. Genom ställda skallkrav har landstinget möjliggjort att endast en leverantör kan lämna anbud vilket medfört en utestängande effekt för andra potentiella anbudsgivare. Miele yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Enhet 2

Landstinget motsätter sig bifall till ansökningarna.

VAD PARTERNA ANFÖRT

KEN

Formuleringen av kraven i punkterna 2.1.22 för diskdesinfektorer och 2.1.20 för autoklaver i kravspecifikationerna innebär att samtliga leverantörer utom den nu existerande utesluts. Detta strider mot principen om likabehandling enligt LOU. I 6 kap. 4 § andra stycket LOU anges det tydligt att krav om hänvisning till ett visst märke ska följas av orden ”eller likvärdigt”, vilket inte skett i aktuell upphandling. Nuvarande leverantör har även en projektkö hos sig som uppgår till mellan 12-18 månader vilket innebär att andra leverantörer inte kan leverera inom begärda tidsgränser, eftersom möjligheten för dessa leverantörer att få kontrollera kompatibiliteten och koppla samman befintlig utrustning med sin egen fördröjs. Denna kontroll på kompatibilitet medför även en fördyrande omständighet för andra leverantörer på marknaden.

MediCal

Kravspecifikationerna är felaktigt utformade eftersom endast en leverantör kan lämna anbud och det i sin tur är ett brott mot LOU. Kraven i punkterna 2.1.20 - 2.1.27 och 2.1.22 utesluter samtliga leverantörer utom den nuvarande som kontrollerar och äger det aktuella spårbarhetssystemet. Det finns ett flertal spårbarhetssystem att tillgå på marknaden och ingen av dessa begränsar konkurrensen eller likabehandling på det vis som T-DOC, eftersom T-DOC ägs och kontrolleras av en aktör på marknaden. Det finns heller inte ett spårbarhetssystem som kräver att processdata från enskilda utrustningar måste integreras i sådant system. Detta kan man mycket enkelt hantera på annat vis varför kravet på integrering av utrustning saknar rele-

Enhet 2

vans och är orimligt. Under alla omständigheter kan man bibehålla nuvarande spårbarhetssystem och upprätthålla alla väsentliga funktioner om patientsäkerhet oavsett val av utrustning och leverantör.

Miele

Att ha samma rätt och möjlighet att lämna in anbud är grundläggande i försäljningsprocessen. Miele har inte kunnat lämna anbud i aktuell upphandling då vissa punkter i kravspecifikationen upplevs som konkurrensbegränsande och inte är tillåtna enligt LOU. Skall-kraven för autoklaver i 2.1.20 och för diskdesinfektorer i 2.1.22 utgör brott mot LOU. Kravet i punkten 2.1.22 hänvisar uttryckligen till befintligt dokumentations- och spårbarhetssystem T-DOC och orden "eller likvärdig" saknas. För det andra kravet finns ingen hänvisning till varumärket. Anbudsgivaren ska istället själv ta reda på befintligt system. Landstinget ställer även kravet att autoklaver ska ha samma funktionalitet som tidigare, men exakt vilka funktioner detta består av mellan befintliga maskiner till T-DOC kan en anbudsgivare som inte tidigare levererat utrustningarna bara gissa sig till. Hade landstinget valt att endast beskriva en funktion utan hänvisning till konkret varumärke, exempelvis genom formuleringen "export av processdata i öppet tillgängligt format" så hade det möjliggjort för fler aktörer än Getinge att delta i upphandlingen. Hos nuvarande leverantör förekommer en så kallad "projekt- och utvecklingskö" på 12-18 månader, vilket innebär att andra anbudsgivare inte har en chans att uppfylla kravet att en fungerande ihopkoppling ska vara i funktion vid installationen.

För diskdesinfektorer i punkt 2.2.6 har landstinget ställt ett krav som är ofullständigt, vilket framgår i texten för kravet. Med åtanke om principen om transparens är det mer än olyckligt om kriterier inte framställs tillräckligt tydligt. Bör-kravet har värderats till 300 000 kr och samtidigt viktats till 25 procent vilket är en orimligt hög summa och således i strid med pro-

Enhet 2

portionalitetsprincipen. Landstinget har heller inte genomfört någon utredning om mindre ingripande alternativ till de ställda kraven i aktuell upphandling.

Landstinget

Enligt regler från Socialstyrelsen är landstinget skyldigt att kunna identifiera och spåra alla åtgärder rörande en patient. För att uppfylla detta krav, såvitt är av intresse för den utrustning som är aktuell i denna upphandling, används T-DOC. Kraven har formulerats för att säkerställa att den önskvärda funktionaliteten kvarstår efter nyanskaffning av autoklaver och diskdesinfektorer. Kraven är med beaktande av bl.a. hur systemet för processdokumentation, hantering av spårbarhet av sterilt gods, rengöringsinstruktioner, packlistor och möjligheten att övervaka anslutna utrustningar relevanta och förenliga med LOU. Kraven som sådana utesluter inte någon leverantör från att lämna anbud i upphandlingen. Möjligheten finns för samtliga leverantörer att ansluta sin utrustning till T-DOC och därmed uppfylla de obligatoriska kraven i upphandlingen. Kraven på kompatibilitet är nödvändigt då det inte finns något mindre ingripande alternativ. Kraven är likväl lämpliga och effektiva för att nå eftersträvande syfte. Det förslag som angivits innebär inte en sådan integration med T-DOC att det eftersträvande syftet skulle uppnås. Det hade inneburit begränsningar i kvalitetskontrollen samt en kraftig försämring av landstingets möjligheter till en effektiv och rationell hantering av sina operationsinstrument och rengöringsutrustningar. En beskrivning om gränssnittets utformning hade i praktiken inte förändrat kompatibilitetskravet utan istället inneburit att förfrågningsunderlaget blivit mer omfattande och svärgenomträngligt för anbudsgivarna.

Landstinget har inte krävt något visst varumärke vad gäller autoklaverna och diskdesinfektorerna utan endast att dessa ska fungera tillsammans med

Enhet 2

befintligt system. Enligt landstingets mening ska formuleringen ”eller likvärdig” användas när en köpare inte på annat sätt kan beskriva den produkt man avser anskaffa och inte när man lämnar en upplysning om vilket befintligt system en produkt ska kunna fungera tillsammans med.

Det finns en skillnad i formuleringen avseende kraven på kompatibilitet med T-DOC mellan kravspecifikationen för autoklaver respektive diskdesinfektorer. Bristen som sådan kan svårligen ses som ett brott mot transparensprincipen. Det finns ett bör-krav avseende kompatibiliteten med befintliga diskinsatser och beskickningsvagnar. Att kriteriet inte fått en tydligare utformning är olyckligt men möjligheten att ställa frågor under anbudsstiden har funnits för alla leverantörer. Anledningen till att kravet viktats relativt högt är att befintlig utrustning, som är tänkt att användas till de nya diskdesinfektorerna värderats till drygt 350 000 kr.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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.

Enhet 2

Relevanta handlingar

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande. En autoklav är en form av tryckkokare som steriliserar utrustning av en mängd olika material och används bl.a. i sjukvården och i laboratorier. I punkt 2.1.22 i kravspecifikation för diskdesinfektorer framgår att utrustningen på ett driftsäkert sätt ska kunna kopplas upp mot befintligt dokumentations- och spårbarhetssystem T-DOC. Leverantören ska kunna visa en fungerande hopkoppling. Detta ska vara i funktion vid installation. Vidare framgår det i punkt 2.1.20 i kravspecifikation för autoklaver att autoklaven ska gå att använda med befintligt dokumentations- och spårbarhetssystem. Systemet ska ha samma funktionalitet som tidigare, mot de nya autoklaverna med processloggning och exportfunktion. Leverantören ska kunna visa en fungerande hopkoppling. Detta ska vara i funktion vid installationen.

Av ett dokument från Getinge angående integration av autoklaver och diskdesinfektorer mot T-DOC framgår bl.a. följande. Det är fullt möjligt att koppla upp icke-Getinge maskiner mot T-DOC, något som görs redan idag. Det är dock, enligt Getinge, i stort sett omöjligt att ansluta icke-Getinge maskiner till systemet utan att Getinge medverkar vid integrationen på grund av tekniskt utvecklingsbehov. Integrationsprocessen läggs i den projekt-/utvecklingskö som idag är mellan 12 och 18 månader. Getinge kan inte av tekniska skäl genomföra några förberedande arbeten innan integrationsprocessen är klarlagd och en affärsförbindelse är upprättad med Getinge IT Solutions.

Förvaltningsrättens bedömning

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Av RÅ 2009 ref. 69 följer att det är den som an-

Enhet 2

söker om överprövning 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 eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Krav på anslutning till T-DOC

Vid en upphandling får enligt 6 kap. 4 § LOU inte ställas krav på att en vara som efterfrågas ska vara av ett visst varumärke, såvida det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Om skäl finns för att hänvisa till ett visst varumärke ska hänvisningen följas av orden ”eller likvärdigt”.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det offererade systemet ska visa en fungerande hopkoppling med landstingets befintliga dokumentations- och spårbarhetssystem T-DOC. Det kan emellertid inte anses innebära att det uppställs ett krav på att det som upphandlas är av ett visst varumärke, vilket är det som avses i 6 kap. 4 § LOU. Landstinget har även i sitt svar till förvaltningsrätten anfört att det inte finns något sådant krav på det som upphandlas utan att det som beskrivs (T-DOC) är ett redan befintligt system som landstinget använder sig av. Det kan inte anses strida mot LOU att ange varumärket på ett befintligt system utan tvärtom torde en sådan upplysning vara av väsentligt intresse för anbudsgivaren. Det kan inte heller anses finnas något hinder mot att vid en upphandling kräva att en offererad utrustning kan vara kompatibel med ett befintligt system. Det ligger enligt förvaltningsrättens mening i sakens natur att man ställer krav på funktionalitet när man upphandlar teknisk utrustning som ska användas tillsammans med annan redan befintlig teknisk utrustning. Landstinget har gjort gällande att syftet med kraven avseende kompatibilitet mot T-DOC är för att säkerställa att den önskvärda funktionaliteten kvarstår efter nyan-

Enhet 2

skaffning av autoklaver och diskdesinfektorer och på så sätt säkra spårbarheten och därmed i förlängingen patientsäkerheten. Kraven i sig är inte oproportionerliga i förhållande till dess syfte. Vid en sammantagen bedömning finner därför förvaltningsrätten att det inte är visat att kraven på funktionalitet och kompatibilitet mot T-DOC strider mot 6 kap 4 § LOU, likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen och inte heller mot någon av de andra grundläggande principerna som ska efterlevas vid offentlig upphandling.

Tiden för integration mot T-DOC

Det har av de sökande gjorts gällande att de, med hänsyn till den långa kötiden som Getinge satt för genomförande av integrationen, har varit förhindrade att lämna ett anbud som uppfyller kraven i punkterna 2.1.20 och 2.1.22 i förfrågningsunderlaget.

Högsta förvaltningsdomstolen har i målet HFD 2012 ref. 48 uttalat att en av förfarandereglerens viktigaste funktioner är att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud till den upphandlande myndigheten. Att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt innebär bl.a. att de tidsramar som den upphandlande myndigheten sätter inte får vara så snäva att viss eller vissa leverantörer gynnas. Det gäller inte bara i fråga om anbudstiden utan också beträffande tiden mellan tecknandet av avtal och avtalsperiodens start. Ett anbud förutsätter samtidigt att leverantören gör bedömningen att de resurser som är eller kan göras tillgängliga är tillräckliga och att de av myndigheten uppställda villkoren fullt ut kan uppfyllas. Leverantören har då också att ta hänsyn till de kostnader som är förknippade med en anbudsgivning i konkurrens.

Den aktuella upphandlingen utannonserades den 10 augusti 2012 och installationen och driftsättningen av diskdesinfektorer beräknas till slutet av

Enhet 2

januari 2013 och installationen och driftsättningen av autoklaver beräknas till slutet av sommaren 2013. Anbudsgivarna har ett halvt år respektive ett år att uppfylla kraven på att den offererade utrustningen ska vara ansluten till systemet T-DOC.

Förvaltningsrätten finner att man, vid bedömningen huruvida de ställda kraven på integration i kombination med den gällande kötiden hos Getinge strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, måste ta hänsyn till att sökande leverantör, om bolaget bestämt sig för att lämna anbud, redan under anbudstiden har haft att vidta vissa förberedande åtgärder för att visa sig vara i stånd att kunna leverera en utrustning som uppfyller ställda krav på integration med T-DOC. Utredningen i målet visar enligt förvaltningsrätten inte annat än att den tid som sammantaget stått till leverantörernas och andra möjliga anbudsgivares förfogande får anses ha varit tillräcklig. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det inte har framkommit att varken KEN, MediCal eller Miele har frångått möjligheten att i konkurrens med bl.a. Getinge delta i anbudsgivningen. Förvaltningsrätten anser att ansökande leverantörer inte har visat att det på denna grund finns skäl för ingripande enligt LOU.

Bör-krav

I punkten 2.2.6 i förfrågningsunderlaget anges att diskdesinfektorn bör vara kompatibel med sterilcentralens befintliga diskinsatser och beskickningsvagnar. Därefter följer texten ”här bör vi ange hur dessa diskinsatser och beskickningsvagnar ser ut”. Förvaltningsrätten kan sålunda konstatera att det i bör-kravet finns medtaget text som utgör arbetsmaterial. Bör-kravet har värderats till 300 000 kr och samtidigt viktats till 25 procent.

En upphandlande myndighet har, så länge de grundläggande principerna för upphandling inte träds för när, en stor frihet att uppställa de krav som

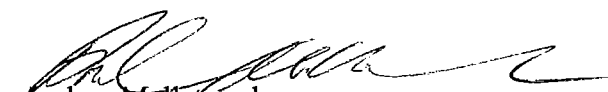
Enhet 2

denna finner nödvändiga och rimliga. Att landstinget förbiset att ta bort överflödigt text i aktuellt bör-krav kan i sig inte anses strida mot LOU. Förvaltningsrätten kan mot bakgrund härav, samt med hänsyn till av landstinget lämnad förklaring, inte göra annan bedömning än att kravet som uppställts är tillräckligt tydligt och rimligt samt konstatera att det varken strider mot principen om tranparens eller proportionalitetsprincipen.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att vad KEN, MediCal samt Miele anført i målet inte visar att landstinget har brutit mot bestämmelser i LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principerna till skada för ansökande parter. Någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU kan därför inte bli aktuell. Ansökningarna om överprövning ska således avslås.

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


Anders Mellstrand

Föredragande har varit Marion Kronberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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
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 uppge 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 3109/1D LOU