



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Länsrättsnotarien
David Gripenhjärta

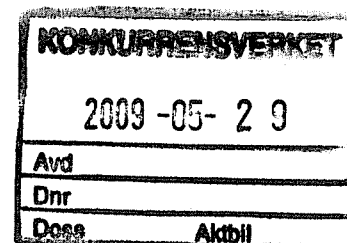
DOM
2009-05-28
Meddelad i
Falun

Mål nr
966-09 E
Rotel 3

SÖKANDE

Agfa HealthCare Sweden AB, 556730-5288
Box 6
164 93 Kista

Ombud: Advokat Thomas Lindqvist
Advokatfirman Hammarskiöld & Co AB
Box 2278
103 17 Stockholm



MOTPART

Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Agfa HealthCare Sweden AB:s ansökan om överprövning.

Länsrättens beslut den 27 mars 2009 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND

Landstinget Dalarna (nedan landstinget) genomför offentlig upphandling av radiologiskt informationssystem (RIS) för mammografiverksamhet vid Falu lasarett (dnr. LD08/02230). Landstinget har härvid beslutat att Sectra Skandinavien AB (nedan Sectra) ska tilldelas avtal enligt upphandlingen. I nämnda beslut hänvisar landstinget till sin upphandlingsrapport.

YRKANDE M.M.

Agfa HealthCare Sweden AB (nedan Agfa) ansöker hos länsrätten om överprövning av upphandlingen. Agfa yrkar i första hand att länsrätten

Dok.Id 63253

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-484 00	023-484 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: lansrattenidalarna@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

genom beslut om rättelse ska förordna att landstinget ska tilldela Agfa upphandlingen som leverantör. I andra hand yrkar bolaget att länsrätten ska förordna att landstinget ska göra om upphandlingen.

Landstinget bestrider Agfas ansökan om överprövning.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 27 mars 2009 bestämt att landstinget tills vidare inte får avsluta upphandlingen. Länsrätten har genom senare beslut, den 15 april 2009, avslagit yrkande av landstinget om att det interimistiska beslutet ska upphävas.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Relevanta lagrum

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

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

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Tilldelningsbeslut m.m.

Av landstingets upphandlingsrapport framgår bl.a. att Agfas anbud har diskvalificerats vid upphandlingen med följande motivering. Agfa har i sitt anbud inte lämnat någon redovisning som bekräftar att samtliga i underlaget ställda obligatoriska krav är uppfyllda. Agfa har inte i enlighet med punkt 4.2 i underlaget angivit något optionspris för en integrationslösning mellan offererat system och landstingets egna system, Melior och Journal III. Agfa har inte i enlighet med punkt 8 i prisbilagan angivit ett komplett optionspris för teknisk service, uppdateringsavtal (uppdateringar och uppgraderingar) samt support och driftstöd.

Diskvalificeringen av Agfas anbud enligt punkt 4.2 i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, m.m.

Agfa anför i huvudsak följande. Kravet i punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter är uppfyllt. Den funktionalitet som återspeglas i punkt 4.2 (d.v.s. integration mellan offererat system och Melior respektive Journal III) utgör enligt punkt 2.2.2.2 i underlagets kravspecifikation ett ska-krav. Av svaret i punkt 7 i prisbilagan i Agfas anbud framgår otvetydigt att Agfa har lämnat optionspris på denna funktionalitet och att detta pris är noll kr, då samma integration som i dagsläget används mot radiologins RIS kan användas. Agfa är i dagsläget leverantör till landstinget av patientadministrativt system – RIS – för radiologin i allmänhet. Landstinget har bekräftat Agfas möjlighet att hänvisa till dylika redan existerande funktionaliteter och i dessa delar sätta priset till noll kr, vilket Agfa också gjorde. Eftersom kraven i punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter och punkt 2.2.2.2 i underlagets kravspecifikation är desamma uppfyller Agfa även kravet i punkt 4.2.

Under alla förhållanden var det fel av landstinget att diskvalificera Agfa med hänvisning till det aktuella kravet, då det inte rätteligen kan utgöra något ska-krav och då landstinget i samband med de frågor som Agfa ställde avseende det aktuella kravet brustit i förhållande till LOU:s krav på tydlighet och öppenhet i upphandlingen.

Uttryckssättet ”Som option ska pris lämnas på ...” i punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter, sett tillsammans med punkt 2.2.2.2 i underlagets kravspecifikation och underlagets bilaga 4, föranledde Agfa att ställa flera frågor till landstinget. Detta för att utröna kravets exakta innebörd och huruvida landstinget genom den aktuella punkten i de administrativa föreskrifterna begärde någonting utöver vad som krävs enligt ska-kravet i punkt 2.2.2.2. i underlagets kravspecifikation. Genom de svar landstinget gav på Agfas frågor fick Agfa intrycket att punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter inte innebar något ska-krav. Om punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter innefattar något ytterligare krav än det krav som anges i punkt 2.2.2.2 i underlagets kravspecifikation så är detta i vart fall ett bör-krav.

Krav att ange optionspris för en integrationslösning *mellan* Melior och Journal III följer inte alls av punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter, till vilken landstinget hänvisar. Punkt 4.2 hänför sig till integration *med* Melior och Journal III. Landstinget är förstås inte berättigat att diskvalificera Agfa p.g.a. att Agfa misslyckats med att uppfylla ett krav som faktiskt inte efterfrågats av landstinget.

Landstinget anför i huvudsak följande. Landstinget vidhåller att ska-kravet inte har uppfyllts och att Agfas anbud förkastats helt korrekt på grund av vad Agfa har angett om pris i punkt 9 i prisbilagan i sitt anbud. Agfa visar att de har förstått frågans komplexitet samt insett skillnaden mellan punkt 4.2 i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter och det krav som anges under punkt 2.2.2.2 i underlagets kravspecifikation. Agfas anbud har inte uppfyllt ska-kravet under punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter. Anbudet förkastades därmed helt korrekt. Det råder inte något tvivel om att punkt 4.2 utgör ett ska-krav. Att punkt 4.2 utgör ett ska-krav blir än mer tydligt när det i den efterföljande punkten 4.3 efterfrågas priser på optioner som är frivilliga.

Två av tre anbudsgivare hade inga som helst problem att förstå skillnaden mellan efterfrågad funktionalitet i punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter och punkt 2.2.2.2 i underlagets kravspecifikation. Agfa har på eget initiativ valt att lägga till en andra punkt 7 i prisbilagan. Denna punkt finns inte med i av landstinget utformad prisbilaga.

Länsrätten gör följande bedömning.

Avgörande för frågan i målet är i denna del om landstinget har haft fog för att diskvalificera Agfas anbud, med motiveringen att Agfa inte i enlighet med punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter har angivit något optionspris för en integrationslösning mellan offererat system och landstingets egna system, Melior och Journal III.

I punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter anges bl.a. följande. Som option **ska** pris lämnas på 1. Integration med Melior/integration med Journal III, 2. Migrering från Mammo 2000 (Triona AB) till offererat system av samtliga forskningsdata för att fortsätta med befintlig forskning i offererat system.

Agfa har i sitt anbud angivit att systemet kan ta emot e-remsor och skicka e-svar via den interface-server som finns i landstinget. Agfa har inte lämnat pris under punkten 7 men har lagt till en egen punkt 7 med pris noll kronor och följande innehåll:

”Integration med Melior och Journal III, för remsor in till Mammo-RIS. Priset baserat på förutsättningen att använda samma integration som idag används mot radiologins RIS.”

När det gäller optionspris punkten 9 har Agfa i sitt anbud uppgivit att pris kan lämnas först efter fördjupad diskussion med landstinget.

Enligt länsrätten framgår det tydligt av förfrågningsunderlaget att vad som anges i punkt 4.2 i underlagets administrativa föreskrifter är ett s.k. skakrav. Respektive anbudsgivares ska således för att kvalificeras *lämna op-*

tionspris på integration med Melior och Journal III. Optionspriset efterfrågas tydligt i punkt 9 i underlagets prisbilaga. Vidare anges i prisbilagan bl.a. att endast priser som överensstämmer och hör ihop med uppställningen där och som uppfyller ska-kraven kommer att utvärderas. Agfa har visserligen angett ett pris på Integration med Melior och Journal III, men detta har inte skett under punkt 9 i prisbilagan i Agfas anbud utan i en egen punkt 7. Punkt 7 i underlagets prisbilaga omfattar "Utvärderingspriser" och inte "Optionspriser" som punkt 9.

På grund av det ovan sagda gör länsrätten bedömningen att landstinget har haft fog för att diskvalificera Agfa. Landstinget kan inte i denna del anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Diskvalificeringen av Agfas anbud enligt punkt 8 i förfrågningsunderlagets prisbilaga, m.m.

Agfa anför i huvudsak följande. Agfa uppfyller kravet på att ha lämnat ett komplett optionspris enligt punkt 8 i underlagets prisbilaga. Agfa har inte alls angett att priset skulle komma att ökas på det sätt som landstinget påstår. Dessutom, oberoende av frågan om Agfa skulle anses ha villkorat sin service och support så som landstinget påstår, följer av punkt 2.3 i underlagets administrativa föreskrifter att Agfa likväl ska anses ha erbjudit att ovillkorligen leva upp till serviceåtagandet omfattande drifttillgänglighet om 98 %, eftersom uppgifter som besvaras direkt i förfrågningsunderlagets dokument har företräde om leverantören lämnar motstridig information på annan plats i anbudet, t.ex. accepterar ett obligatoriskt krav och samtidigt tillför villkor i anbudet som strider mot detta krav.

Såvitt Agfa kan förstå har landstinget missförstått formuleringen i bilagan till prisbilagan i Agfas anbud, som lyder "SLA priset enligt prisbilagan, inkluderar upp till 20 timmar support per månad". Till skillnad från vad landstinget verkar ha läst in i detta innebar inte meningen en begränsning av Agfas åtagande för service m.m. utan tvärtom ett åtagande som gick

utöver det som krävdes enligt förfrågningsunderlaget. Offererat pris var fast och komplett. För att underlätta förståelsen av Agfas avsikt med inkluderandet av meningen kan meningen läsas på följande sätt: ”SLA priset enligt prisbilagan inkluderar, *utöver vad som krävs enligt förfrågningsunderlaget*, 20 timmar support per månad.” Agfa lämnade således 20 timmar support per månad, utöver det som krävdes enligt förfrågningsunderlaget. Kostnaden för detta var inkluderat i offertpriset. Agfa antog att detta framgick av formuleringen, bl.a. då begränsande ord såsom *endast* inte intagits och då det angavs att SLA-priset *inkluderar*.

Även om landstingets tolkning av den aktuella meningen i bilagan till prisbilagan i Agfas anbud hade varit befogad har landstinget handlat i strid med förfrågningsunderlaget då man anfört denna punkt som grund för beslutet om diskvalificering. Detta eftersom Agfa, utan reservation, accepterat (i) de serviceåtaganden som följer av punkt 8.1-8.2 i underlagets kravspecifikation, (ii) punkt 4 och 8 i underlagets prisbilaga, samt (iii) punkt 4.4 i underlagets administrativa föreskrifter (d.v.s. accept av kontraktsmall och specifikt kontraktets punkter 9.1.2.1 samt 12, där serviceåtagandet definieras). Vad Agfa, enligt landstinget, har gjort då man lämnat de påstått motstridiga uppgifterna i sin egen SLA-bilaga är just detta – att acceptera ett obligatoriskt krav och samtidigt tillföra villkor i anbudet som strider mot detta krav. Eftersom de uppgifter Agfa lämnat direkt i förfrågningsunderlagets dokument (kravspecifikationen, prisbilagan och de administrativa föreskrifterna) har företrädare framför eventuell motstridig information i Agfas ”egna bilagor” har det under alla förhållanden varit felaktigt av landstinget att påstå att Agfa genom villkor i sin SLA-bilaga inte skulle ha accepterat ett obligatoriskt krav (och detta trots att kravet uttryckligen godtagits på flera håll i förfrågningsunderlaget).

Landstinget anför i huvudsak följande. Landstinget uppfattade dels att Agfas prisuppgifter avsåg ett begränsat antal timmar för support och driftstöd, dels att Agfa samtidigt accepterade ett serviceåtagande omfattande tillgänglighet till 98 % - dock utan att ange prisuppgift för detta mer omfat-

tande serviceåtagande. I sitt anbud valde Agfa att på ett tydligt sätt reservera sig mot kravet att systemets drifttillgänglighet som lägst får vara 98 % genom att ställa motvillkoret att ”SLA priset enligt prisbilagan, inkluderar upp till 20 timmar support per månad”.

Det är landstingets uppfattning att Agfa inte uppfyllt ställt ska-krav i enlighet med punkt 8 i underlagets prisbilaga, då det i Agfas anbudspris endast ingår upp till 20 timmar support per månad oaktat om systemets drifttillgänglighet understiger 98 %. Landstinget har därmed helt korrekt diskvalificerat Agfas anbud.

Länsrätten gör följande bedömning.

Avgörande för frågan i målet är i denna del om landstinget har haft fog för att diskvalificera Agfas anbud, med motiveringen att Agfa inte i enlighet med punkt 8 i underlagets prisbilaga har angivit ett komplett optionspris för teknisk service, uppdateringsavtal (uppdateringar och uppgraderingar) samt support och driftstöd.

I punkt 8 i prisbilagan i Agfas anbud anges endast under total pris ”1 158 000 för SLA enligt bilaga”. Fältet under kolumnen *pris* har dock lämnats tomt. I bilaga till nämnda prisbilaga anges bl.a. följande. SLA priset enligt prisbilagan, inkluderar upp till 20 timmar support per månad. Vid utökning av omfattningen, t.ex. genom inkludering av optioner, påverkas SLA-priset.

Enligt länsrättens bedömning kan uppgifterna i bilagan till prisbilagan i i Agfas anbud inte uppfattas på annat sätt än att Agfa har gjort en reservation såsom landstinget har påtalat. Agfa har under punkten 8 hänvisat till bilagan där det framgår att Agfa lämnar en reservation angående antalet supporttimmar. Enligt länsrättens bedömning kan man därmed inte utgå från att Agfa i sitt anbud har accepterat de villkor som framgår av motsvarande punkt i underlagets prisbilaga och inte heller att Agfa skulle ha läm-

nat motstridig information. Det kan således inte anses ha ålegat landstinget att inhämta förtydligande.

På grund av det ovan anförda anser länsrätten att landstinget har haft fog för att diskvalificera Agfas anbud med motiveringen att Agfa inte i enlighet med punkt 8 i underlagets prisbilaga har angivit ett komplett optionspris. Landstinget har därför i denna del inte anses ha brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Övriga invändningar

Agfa anför i huvudsak följande. Agfas genomgång av *Sectra* och *Carestreams* respektive anbud har visat att inget av dessa uppfyller alla de skräv som landstinget har ställt. Sectra och Carestream har endast angivit ett alternativ (d.v.s. en prismodell) trots att landstinget i prisbilagan tydligt efterfrågar två alternativa lösningar. Då varken Sectras eller Carestreams anbud uppfyller skrävet i punkt 2 i underlagets prisbilaga skulle de ha diskvalificerats av landstinget. I och med att så inte har skett har anbudsgivarna otillbörligen gynnats enligt 1 kap. 9 § LOU.

Inte heller landstingets beskrivning av anbuden på denna punkt visar att pris lämnats utifrån fler än ett alternativ av de respektive anbudsgivarna. Landstinget bröt mot LOU:s krav på likvärdig och icke-diskriminerande behandling då landstinget å ena sidan (felaktigt) lät en rent hypotetisk merkostnad leda till diskvalificering av Agfas anbud, medan den enligt Agfas uppfattning överhängande risk för merkostnader som följer av Carestreams begränsning till ett visst antal undersökningar godtogs utan vidare.

Under hela upphandlingsprocessen, även efter det att Agfas anbud diskvalificerades den 23 december 2008, upprätthöll landstinget en dialog med anbudsgivarna Sectra och Carestream, vilka fortlöpande bereddes tillfälle att förtydliga oklarheter i sina respektive anbud. Någon sådan möjlighet gavs aldrig Agfa, vars anbud istället diskvalificerades utan att Agfa givits tillfälle att förklara de punkter som landstinget uppfattade som oförenliga

med förfrågningsunderlagets ska-krav. Agfa anför inte att det var fel av landstinget att ge Sectra och Carestream möjligheten att förtydliga sina svar. Agfa menar däremot att det var fel av landstinget att inte ge Agfa motsvarande möjlighet att förtydliga påstådda oklarheter i sitt anbud, då detta hade kunnat ske utan risk för särbehandling av Agfa.

Landstinget anför i huvudsak följande. Landstinget bestrider Agfas påståenden. Sectra har dels angivit en licenskostnad för hela installationen, dels att det ingår fritt antal licenser. Sectra har även redovisat att installationen omfattar ca 30 användare. Sectra har genom sitt svar visat att de uppfyller kravet under punkt 2 i underlagets prisbilagan. Även Carestream har fyllt i prisbilagan korrekt. Carestream har genom sitt svar visat att de uppfyller kravet under punkt 2 i underlagets prisbilaga, d.v.s. landstingets kostnad är desamma oberoende av antalet installerade klienter, samtidigt användare eller motsvarande.

Både Sectra och Carestream uppfyller samtliga ställda ska-krav. Landstinget har ingen skyldighet att ifrågasätta eller utreda huruvida leverantörernas accept av ställda ska-krav är sanningsenliga eller inte. Det är landstingets uppfattning att kravspecifikationen är självinstruerande. Den mening som återfinns i punkt 2.3 i underlagets administrativa föreskrifter är av upplysande karaktär och kan omöjligen tolkas på annat sätt än att den är oberoende av om efterfrågade uppgifter utgör ett ska-krav eller utvärderingskriterium eller var uppgifterna återfinns i förfrågningsunderlaget.

Länsrätten gör följande bedömning.

Såvitt avser punkt 2 i underlagets prisbilaga framgår inte annat än att Sectra och Carestream i motsvarande punkter i sina anbud har gett de uppgifter som efterfrågas i denna punkt.

Såvitt avser underlagets kravspecifikation anser länsrätten (även med hänsyn till vad som anges i punkt 2.3 i underlagets administrativa föreskrifter)

att kravspecifikationen inte rimligen kan tolkas på annat sätt än att av landstinget uppställda ska-krav är angivna i kolumnen ”Krav och kriterier” och att fråga huruvida respektive ska-krav är uppfyllt ska besvaras av anbudsgivarna i kolumnen ”J/N”. Kolumnen ”Efterfrågade uppgifter/ Anmärkning” får anses innehålla instruktioner för den beskrivning som anbudsgivarna bör införa i kolumnen ”Kommentarer” för att möjliggöra eller underlätta landstingets bedömning av huruvida respektive ska-krav är uppfyllt.

Agfa har anfört att ett flertal ska-krav i underlagets kravspecifikation inte har uppfyllts av Sectra och Carestream. Vid en genomgång av respektive bolags kravspecifikation, finner länsrätten inte annat än att bolagens svar kan tolkas som att bolagen uppfyller de aktuella ska-kraven.

När det gäller Agfas invändning om förtydligande och komplettering gör länsrätten följande bedömning. Länsrätten noterar inledningsvis att enligt lagstiftaren ska bestämmelsen i 9 kap 8 § LOU om förtydligande och komplettering av anbud tillämpas restriktivt (se prop. 2006/07:128, s. 377). Som framgår ovan anser länsrätten att landstinget har haft fog för att diskvalificera Agfas anbud. Enligt länsrätten har Agfa i detta avseende tydligt avvikit från uppställda ska-krav. En begäran av landstinget om förtydligande eller kompletterande av Agfas anbud skulle därför enligt länsrätten inte ha kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

På grund av det ovan anförda kan landstinget inte i denna del anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Inte heller vad Agfa i övrigt har anfört visar att landstinget har brutit mot ovanstående principer.

Sammanfattning

Landstingets agerande kan följaktligen inte anses ha medfört att Agfa lidit eller kan komma att lida skada. Grund saknas således för att länsrätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas

först sedan rättelse gjorts. På grund av det ovan anförda ska Agfas ansökan om överprövning avslås.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c).


Eva Karlsson Helghe
rådman