



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2019-12-10
Meddelad i Linköping

Mål nr
8390-19

SÖKANDE

MYBW Office Management AB, 559058-8207

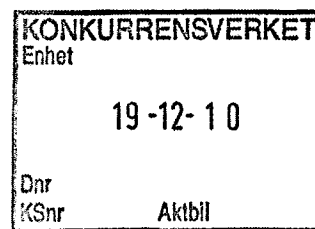
Ombud: Tomas Eklund

MOTPART

Region Östergötland, 232100-0040

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Östergötland (Regionen) genomför upphandlingen *Diktafoner*, dnr UC-2017-326, som ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning i upphandlingen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Regionen meddelade den 21 augusti 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket MYBW Office Management AB (Bolaget) tilldelades kontrakt i upphandlingen. Efter det att en annan anbudsgivare ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet återkallade Regionen beslutet och meddelade ett nytt tilldelningsbeslut den 7 oktober 2019. Enligt det nya beslutet förkastades Bolagets anbud eftersom det inte uppfyller ett krav enligt punkt 3.3.1.3 f i upphandlingsdokumentet enligt vilket diktafoner ska stödja Sectra RIS version 19.1 och senare versioner.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 403361

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

Regionen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Av 9 kap. LOU framgår hur tekniska specifikationer kan och får vara utformade. Enligt första stycket i 9 kap. 6 § LOU är det bl.a. förbjudet för upphandlande myndigheter att hänvisa till ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor som tillhandahålls av en viss leverantör eller till varumärken. Det har i praxis (se Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 2136-10 och Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 2489-17) uttalats att det i princip ska vara omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till ett visst varumärke ska vara tillåtet. Syftet med bestämmelsen är att förhindra att tekniska krav i en upphandling utformas på ett sådant sätt att konkurrensen i upphandlingen begränsas. Bestämmelsen i 9 kap. 6 § LOU är ett utflöde av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU, främst förbudet mot diskriminering och principen om likabehandling.

Regionen har brutit mot principerna om likabehandling och öppenhet i 4 kap. 1 § LOU samt mot 9 kap. 6 § LOU genom att i upphandlingen hänvisa till att efterfrågade produkter ska vara av visst varumärke (eftersom Philips är den ända leverantören som stödjer Sectra RIS version 19.1), trots att detta gynnar Philips och missgynnar samtliga andra potentiella anbudsgivare.

Regionen har även brutit mot principerna om likabehandling och proportionalitet i 4 kap. 1 § LOU genom att ställa det aktuella kravet trots att det innebär att lika situationer behandlas olika, att kravet endast kan uppfyllas genom att offerera produkter från en specifik tillverkare, Philips, och att andra,

i sak likvärdiga, lösningar utesluts. Den fördel som det allmänna vinner ska stå i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen. Skadan för andra anbudsgivare i den aktuella upphandlingen är uppenbar eftersom det endast är ett fabrikat/en modell som är möjlig att offerera. Skadan som i detta fall åsamkats Regionen och dess skattebetalare är cirka två miljoner kronor. Bolaget anser att kravet på integration till det utgångna systemet Sectra RIS 19.1 inte står i rimlig proportion till den ytterligare kostnad det innebär.

Till följd av Regionens överträdelser av bestämmelserna i LOU har Bolaget, som har kunnat erbjuda likvärdiga produkter, missgynnats eftersom Bolaget gått miste om möjligheten att få teckna ramavtal i upphandlingen, och därmed lider eller riskerar i vart fall Bolaget att lida skada. Eftersom överträdelserna rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska förvaltningsrätten, vid valet av påföljd, besluta att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Regionen

Rättspraxis ger ett tydligt stöd för att 9 kap. 6 § LOU inte är av relevans för sakfrågan i detta mål. I praxis (se Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 3560-14) har konstaterats att en hänvisning till en drivrutin utgjorde en hänvisning till ett visst varumärke men att den inte kunde uppfattas som ett krav på att maskinerna, eller någon del av dessa, skulle vara av detta varumärke. Istället fick kravet uppfattas som en beskrivning av den befintliga IT-miljön i vilken de offererade maskinerna skulle fungera. Kammarrättens resonemang i denna del mynnade ut i att det på denna grund saknades skäl att ingripa mot den förnyade konkurrensutsättningen. Kammarrätten i Göteborg har i sin tur i sitt avgörande i mål 1490-18 ansett att den upphandlande myndigheten inte har brutit mot 9 kap. 6 § LOU eller de grundläggande principerna genom att hänvisa till ett visst produktnamn, detta eftersom

några andra reservdelar än de som tillhandahölls av en viss leverantör inte kunde användas.

Vid tillämpning av ovan nämnda rättspraxis blir det tydligt att det saknas skäl för ingripande mot upphandlingen på den grunden att Regionen har kravställt att offererade diktafoner ska stödja Sectra RIS version 19.1 och senare versioner. Hänvisningen till visst varumärke i upphandlingen utgör inte ett krav på att diktafonerna eller någon del av diktafonerna ska vara av det varumärket. Kravet är istället en beskrivning av den befintliga IT-miljö i vilken diktafonerna måste kunna fungera.

Beträffande det som Bolaget anför om likabehandlingsprincipen förefaller det oklart på vilket sätt Bolaget menar att Regionens underlag strider mot nyss nämnda princip. Bolaget nämner närmast "slentrianmässigt" att kravet innebär att lika situationer behandlas olika men Bolaget utvecklar inte sitt resonemang i denna del. Vad Bolaget anför om brott mot likabehandlingsprincipens ska mot denna bakgrund, enligt Regionens uppfattning, lämnas utan avseende.

När det gäller frågan om proportionalitet vill Regionen till att börja med förklara syftet med kravet som gör gällande att offererade diktafoner ska stödja Sectra RIS version 19.1 och senare versioner. Sectra RIS är ett system som utgör ett verksamhetsstöd för Regionen. Sectra RIS är ett system som har upphandlats för att hantera röntgen och vissa andra verksamheters flöde för remisser och svar. Systemet tillhandahålls av företaget Sectra Sverige AB (Sectra). Syftet med kravet är att Regionen, med sina inköpta diktafoner, ska kunna uppfylla de krav som Sectra har angett gällande diktafoner – detta för att Sectra RIS ska kunna stödja diktafonerna. Eftersom Sectra har restriktioner för vilka diktafoner som deras system stödjer har Regionen varit nödgad att ställa detta krav. Kravet är således ett lämpligt och effektivt krav för

att uppnå det eftersträvade syftet.

Det finns inte något mindre ingripande alternativ för att uppnå syftet än att ställa nu aktuellt krav. Kravet är således nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Två anbudsgivare har kunnat offerera diktafoner som uppfyller aktuellt krav. Det handlar således inte om en situation där endast en anbudsgivare har möjlighet att offerera diktafoner som uppfyller kravet. Detta ska också ställas i relation till vad det skulle innebära om Regionen inte skulle ha rätt att ställa detta krav. Konsekvensen om Regionen köpte in diktafoner som inte stödjer Sectra RIS version 19.1 och senare versioner skulle bli att Sectra då kan frisäga sig ansvar om det skulle uppstå fel eftersom Regionen inte följer Sectras restriktioner. Det finns en stor risk för att det skulle bli problem med funktionen vilket skulle innebära ett stort avbrott för verksamheten eftersom de då inte skulle kunna diktera. Detta skulle i sin tur kunna leda till patientfara – flödet för remisser och svar är av central betydelse ur ett patientsäkerhetsperspektiv. Den negativa effekten att Bolaget inte förmått att offerera en diktafon som uppfyller samtliga krav kan således inte anses oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Sammanfattningsvis har både upphandlingsdokumentet utformats och kvalificering och utvärdering av inkomna anbud skett i enlighet med de grundläggande principer som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU samt i enlighet med övriga bestämmelser i LOU. Bolaget har därför inte lidit eller riskerat att lida någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolaget har i målet gjort gällande att det krav som Regionen ställt i punkt 3.3.1.3 f i upphandlingsdokumentet om att diktafonerna ska stödja Sectra RIS version 19.1 och senare versioner står i strid med 9 kap. 6 § LOU samt i

strid med med likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna enligt 4 kap. 1 § LOU. Det är målet otvistigt att Sectra RIS är ett system som utgör ett verksamhetsstöd för Regionen avseende hantering av röntgen och vissa andra verksamheters flöde för remisser och svar.

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utforma upphandlingsdokumenten och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LOU eller unionsrättsliga principer. Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för ingripande föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Vad först gäller huruvida det aktuella kravet står i strid med 9 kap. 6 § LOU finner förvaltningsrätten följande.

Av 9 kap. 6 § LOU framgår följande. Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till bl.a. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör eller varumärke, patent eller typ. Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Utifrån kravets ordalydelse och innehåll konstaterar förvaltningsrätten att kravet inte innebär att diktafonerna ska vara av ett visst varumärke utan istället att de diktafoner som offereras ska klara av en viss funktion, nämligen att stödja systemet Sectra RIS version 19.1 och senare versioner. Hänvisningen till varumärke i upphandlingsdokumentet innebär således endast

att diktafonerna ska vara kompatibla med Regionens befintliga system avseende hantering av röntgen och vissa andra verksamheters flöde för remisser och svar.

Bolaget har inte ifrågasatt Regionens uppgifter att den efterfrågade funktionen, att diktafonerna ska stödja Sectra RIS version 19.1 och senare versioner, är nödvändig med anledning av de krav som leverantören av det befintliga systemet ställt för att kunna garantera att systemet fungerar. Kravet kan då inte anses strida mot 9 kap. 6 § LOU eftersom hänvisningen till varumärke motiveras av det som ska anskaffas.

Vad sedan gäller Bolagets invändning om att det ställda kravet står i strid med proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna enligt 4 kap. 1 § LOU kan följande sägas.

Proportionalitetsprincipen innebär bland annat att krav som ställs inte får gå utöver vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för upphandlingen i fråga (jfr prop. 2006/07:128 s. 132). Av praxis följer att bedömningen ska göras i tre steg. För det första ska det prövas om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska det prövas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det prövas om den negativa effekt som kravet får för det intresse eller rättighet som kravet inskränker är överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Regionen har anfört att syftet med kravet är att Regionens, med sina inköpta diktafoner, ska kunna följa de restriktioner om vilka diktafoner som systemet stödjer som Sectra har ställt samt att konsekvensen om Regionens köpte in diktafoner som inte stödjer systemet skulle bli att Sectra kan frisäga sig ansvar om det skulle uppstå fel i systemet. Bolaget har inte ifrågasatt Reg-

ionens uppgifter. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det i målet är påvisat att det aktuella kravet är lämpligt, effektivt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten anser vidare att något mindre ingripande alternativ för att uppnå syftet inte har framkommit. Slutligen framstår den negativa effekt som kravet får för andra leverantörer än de som kan offerera diktafoner som stödjer det aktuella systemet enligt förvaltningsrättens bedömning inte som överdrivet stor eller oproportionerlig på annat sätt. Kravet kan därmed inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Eftersom kravet i praktiken innebär att endast vissa diktafoner, nämligen de som stödjer Sectra RIS version 19.1 och senare versioner, kan offereras i upphandlingen innebär kravet förstås att leverantörer som kan offerera sådana diktafoner får en viss fördel genom det aktuella kravet i jämförelse som andra som inte kan göra det. Eftersom kravet emellertid enligt vad som ovan anfördes är sakligt motiverat och inte innebär att endast en leverantör kan offerera efterfrågade diktafoner står det inte i strid med likabehandlingsprincipen.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser förvaltningsrätten att kravet på att diktafonerna ska stödja Sectra RIS version 19.1 och senare versioner inte kan anses strida mot 9 kap. 6 § LOU och inte heller mot likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna enligt 4 kap. 1 § LOU. Det saknas därmed skäl att utifrån det Bolaget gjort gällande besluta om ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Kristina H Samuelsson

Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



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 rätts-tillämpningen.
- 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.

