



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2014-04-24
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 1302-14

SÖKANDE

Olympus Sweden AB, 556189-2794
 Box 1816
 171 23 Solna

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur. kand. Ingrid Sandstedt
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

Södersjukhuset AB, 556595-7403
 Ombud: Katrin Högstedt
 Sjukhusbacken 14
 118 83 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-04-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.id 447787

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Södersjukhuset genomför en upphandling av ramavtal gällande utrustning för endoskopi, delområde SÖSINV 2013-186, flexibla ingrepp. Anbud kom in från leverantörerna Kungshusen Medicinska AB (Kungshusen), Olympus Sverige AB (Olympus) och Vingmed AB. I tilldelningsbeslut daterat den 10 januari 2014 meddelade Södersjukhuset att alla tre anbuderna uppfyllde kraven och att Kungshusen får kontraktet på grund av bäst poäng, med Olympus på andra plats.

Olympus yrkar att upphandlingen ska rättas genom ny anbudsutvärdering varvid Kungshusens anbud förkastas och Olympus tilldelas avtal. Till stöd härför anför Olympus bl.a. följande. Kungshusens anbud uppfyller inte alla skall-krav. Att de ändå fått kontraktet har åsamkat skada för Olympus som annars skulle ha fått kontraktet. I förfrågningsunderlaget anges att om utrustningen är konstruerad så att man matar in text någonstans ska den kunna hantera och skriva det svenska alfabetet inklusive ÅÄÖ. Vid frågor och svar angav Södersjukhuset att ÅÄÖ-kravet kvarstår i sin ursprungliga lydelse att om utrustningen är konstruerad så att text kan matas in där, så måste utrustningen hantera det svenska alfabetet. Södersjukhusets svar var helt logiskt. Det utgör en risk för patientsäkerheten om man inte korrekt kan mata in patientnamn, och även text på displayer som anger funktioner, varningsmeddelanden etc. I Kungshusens anbud framgår inte om det är möjligt att mata in ÅÄÖ. Därför ställde Södersjukhuset en fråga till Kungshusen, som svarade "både ja och nej". Kungshusen angav att skallkravet inte var uppfyllt vid anbudstidens utgång och att det inte heller kommer att uppfyllas senare under upphandlingen, utan att deras leverantör lovat att det kommer att uppfyllas vid ett senare skede. Kungshusen har inte gjort någon egen utfästelse alls om att skallkravet alls kommer att uppfyllas. Enligt praxis måste skallkrav vara uppfyllda vid anbudstidens utgång eller i vart fall när kontrollen ska ske, dvs. under upphandlingen.

Även av Södersjukhusets förfrågningsunderlag framgår uttryckligen att skall-krav måste vara uppfyllda vid anbudstidens utgång. Där står också att skall-krav ska verifieras vid anbudspresentationen, och det finns ingen formulering med innebörden att skall-krav får vara uppfyllda i ett senare skede. Eftersom skall-krav ska kontrolleras vid anbudspresentationerna är det inte möjligt att uppfylla dem i ett senare skede. Frågan vilket språk som ska användas på tangentbord och display har varit viktig i hela branschen under de senaste tio åren. Olympus har lagt ner stora resurser för att kunna uppfylla det kravet, vilket tidigare generationer av deras utrustning inte gjorde. Det är även ett krav från Läkemedelsverket att brukarinformation för medicinsktekniska produkter, inklusive display, ska vara på svenska. Olympus har vinnlagt sig om att uppfylla alla krav i denna upphandling och har haft kostnader för det. Olympus får därför en konkurrensnackdel gentemot Kungshusen, som inte behövt kalkylera med samma kostnader.

Södersjukhuset bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges att de anbud som uppfyller samtliga skall-krav går vidare till utvärdering av anbudet. Det bestrids att detta ska tolkas som att kravet ska vara uppfyllt vid anbudsingivningen. Inte heller måste det vara uppfyllt vid anbudspresentationen, som är en muntlig presentation med genomgång av anbudet där det ges möjlighet att diskutera och verifiera att inlämnade svar förstås rätt. Det är först vid tidpunkten för leveransen som kravet på att det ska vara möjligt att använda ÅÄÖ behöver uppfyllas. Det måste vara uppfyllt vid kontrollen av funktionaliteten, men denna kontroll sker inte nödvändigtvis under själva upphandlingen. Kungshusen har i korrespondens den 18 oktober 2013 kommit in med ett löfte att ÅÄÖ-kravet, vid utgången av anbudets giltighet den 31 januari 2014, kommer att vara uppfyllt. Det löftet kvalificerar deras anbudet för vidare värdering. Vid korrespondens den 21 januari 2014 bekräftar Kungshusen att kravet i realiteten är uppfyllt. Att av Kungshusen, som till skillnad från Olympus är en ny leverantör till Södersjukhuset, kräva anpassning

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

av tangentbordet redan vid anbudsingivandet, innan Kungshusen visste om de skulle vinna anbudet, vore oproportionerligt. Kungshusen ska därför anses uppfylla alla skall-kraven. Olympus anförda kostnader för att uppfylla kravet bör inte tillmätas någon större betydelse. Olympus har under många år levererat utrustning till Södersjukhuset och bör rimligen redan ha anpassat sina produkter efter sjukhusets behov.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 praxis följer att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven, se t.ex. EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bält.

Det finns inte något uttalat krav i LOU, och det följer inte heller av de EU-rättsliga principerna, att alla skall-krav avseende den upphandlade tjänsten måste vara uppfyllda då anbudet ges in i ett upphandlingsförfarande, jfr Kammarrättens i Göteborg dom meddelad den 18 september 2008, mål nr 2883-08. Om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget är huvudregeln dock att skall-kraven ska vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet, under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid denna tidpunkt, jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 5 april 2012 i mål nr 26-12. En allmänt hållen formulering i det sistnämnda målets förfrågningsunderlag tolkade kammarrätten ändå som att kravuppfyllelse kunde ske vid en senare tidpunkt, dock senast vid tidpunkten för verifiering av funktionaliteten.

I aktuell upphandling ska enligt förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, punkt 2.11, anbudet vara upphandlande myndighet tillhanda

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

senast den 9 september 2013, och enligt punkt 2.13 vara bindande till och med den 30 januari 2014. Under punkten 2.1 anges att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att skall-kraven är uppfyllda. Det anges inte vid vilken tidpunkt kraven måste vara uppfyllda. I förfrågningsunderlagets kravspecifikation anges, under punkten 1.1.4, att om utrustningen är konstruerad så att man matar in text någonstans i denna, ska utrustningen kunna hantera och skriva det svenska alfabetet inklusive åäö ÅÄÖ enligt ISO 8859-1 (ISO-IR 100).

I publika frågor och svar den 3 september 2013 har Södersjukhuset, på fråga om ÅÄÖ-kravet, svarat följande. "Kravet kvarstår i sin ursprungliga ordalydelse. Syftet med kravets utformning är att garantera patientsäkerheten. Om utrustningen är konstruerad på så sätt att text kan matas in där, är det sannolikt att användare vid något tillfälle kommer att mata in exempelvis patientnamn. I sådana fall är det nödvändigt att utrustningen hantlar det svenska alfabetet." Förvaltningsrätten instämmer i Olympus ståndpunkt att detta är ett klart tydliggörande av att ÅÄÖ-kravet inte kan bortses från. Vid vilken tidpunkt det måste vara uppfyllt framgår dock inte heller här.

I Kungshusens anbud anges under kravspecifikationens punkt 1.1.4 "Ja. Uppfylls, För drift i enlighet med ert dokumentationsförfarande ska inte textinmatning på utrustningen utföras". Förvaltningsrätten anser att detta svar inte är helt tydligt. I dom den 24 oktober 2013, mål nr 3192-13, har dock Kammarrätten i Stockholm funnit att principen i Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50, dvs. att även förfrågningsunderlag som inte är optimala får godtas under förutsättning att inga upphandlingsrättsliga principer kränks, ska tillämpas också på anbuden. Även smärre brister i ett anbud ska alltså få godtas utan att de medför att anbudet förkastas. Kungshusens anbud är oklart i ÅÄÖ-frågan, men ska enligt förvaltningsrättens mening inte tolkas som att ÅÄÖ-kravet inte är uppfyllt.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

I begäran den 14 oktober 2013 har Södersjukhuset anmodat Kungshusen att förtydliga sitt svar på ÅÄÖ-kravet. Kungshusen har svarat enligt följande: "Svaret är både ja och nej. I den dokumentationsmiljö utrustningen är offererad till är textinmatning inte aktuell då bildhantering skall ske via Piscara. För övrig installation utan externt dokumentationssystem är svaret nej. Tillägg: Vi har framfört detta krav till Fujifilm som gett löfte om att uppfylla detta skall-krav innan utgången bindningstid 2014-01-31".

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 18 december 2009, mål 4904-09 bedömt å ena sidan att upphandlande myndighet är skyldig att kontrollera att anbudsgivarens uppgifter är riktiga bara om omständigheterna i det enskilda fallet ger anledning att ifrågasätta uppgifternas riktighet, men å andra sidan att bristande uppfyllande av skall-krav inte får bortses från även om sådan brist har blivit känd först i samband med överprövningsprocessen. Förvaltningsrätten anser att detta i förevarande mål medför att på grund av bristen på klarhet hos Kungshusen bör Södersjukhuset, och nu därmed förvaltningsrätten som överprövningsinstans, särskilt kontrollera Kungshusets uppfyllelse av ÅÄÖ-kravet utifrån det befintliga underlaget i målet. Om underlaget ger vid handen att Kungshusen inte uppfyller ÅÄÖ-kravet, ska upphandlingen rättas och deras anbud förkastas.

Emellertid anger Kungshusen i e-post till Södersjukhuset den 21 januari 2014, dvs. före bindningstidens utgång, att Kungshusen bekräftar att det nu är möjligt att mata in ÅÄÖ/ääö i deras utrustning i enlighet med punkt 1.1.4. Förvaltningsrätten anser att detta innebär att det framkommit att det krav, vars uppfyllelse hos vinnande anbudsgivare (Kungshusen) varit oklart, nu ska anses vara uppfyllt. Förvaltningsrätten instämmer i Södersjukhusets ståndpunkt att det vore oproportionerligt om förvaltningsrätten nu skulle förordna att Kungshusens anbud ska förkastas för att de dröjde

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM

med att färdigställa ÅÄÖ-anpassning av sin utrustning tills man visste att man skulle få kontraktet.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Södersjukhuset inte brutit mot någon upphandlingsrättslig princip genom att godta Kungshusens anbud. Olympus begäran om ingripande enligt LOU ska därför lämnas utan bifall.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Robert Johansson

Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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.