



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-05-31
Meddelad i
Linköping

Mål nr
886-16
972-16
999-16
1259-16
1263-16

SÖKANDE

Philips AB, 556105-2613

Ombud: advokaterna Michael Hylander och Jimmy Carnelind
MAQS Advokatbyrå AB
Box 7009
103 86 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2016-06-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

1. Södermanlands läns landsting, 232100-0032
2. Landstinget Dalarna, 232100-0180
3. Värmlands läns landsting, 232100-0156
4. Västmanlands läns landsting, 232100-0172
5. Örebro läns landsting, 232100-0164

Ombud för 1–5: Johanna Hallqvist
Inköp Landstingen Sörmland Västmanland
Repslagaregatan 19
611 88 Nyköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Dok.Id 251213

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

YRKANDEN M.M.

Landstingen genomför upphandling av ramavtal avseende APAP (andningshjälpmedel, dnr DU-UPP15-0204) genom öppet förfarande enligt LOU.

Resmed Sweden AB (Resmed) och Philips AB (Philips) har lämnat anbud i upphandlingen som kvalificerats. Av tilldelningsbeslut den 3 februari 2016 framgår att Resmed antagits som leverantör.

Philips yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska äga rum, i vilken anbudet från Resmed inte ska ingå.

Landstingen bestrider Philips yrkande.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT**Philips**Resmeds tillgång till annat företags kapacitet

Resmed har i sitt anbud åberopat kapacitet från Nortech Medical och som bevis bifogat offert/avtal daterat den 23 december 2009. Avtalet uppfyller inte LOU:s krav på åtagande som visar att en leverantör kommer förfoga över nödvändiga resurser när ett kontrakt ska fullgöras. Åtagandet är inte specificerat i uppdrag och tid.

Avtalet innefattar flera tjänster. Det är dock oklart vilka tjänster som Nortech Medical ska utföra inom ramen för uppdraget. I punkt 3.5 i avtalet anges att Nortech Medical kan utföra vissa tjänster. Vidare anges i avtalet att avtalsparterna ansvarar för att genomföra överenskomna uppgifter och att

snarast meddela när detta inte kan ske. Uppsägningstiden är sex månader. Avtalet föreskriver alltså ingen absolut plikt för Nortech Medical att utföra de uppdrag som omfattas och åtagandet sträcker sig inte oåterkalleligt över den upphandlade avtalstiden, vilket är en nödvändig förutsättning.

Lösningens kravuppfyllelse

Resmed har offererat produkten Airsense 10 med två olika programvaror, Resscan och Airview. Resscan är en traditionell programvara som installeras på Landstingens servrar. Airview är en molnbaserad programvara med servrar i Frankrike. Eftersom varken Resscan eller Airview uppfyller samtliga krav, har Resmed hänvisat till Resscan avseende vissa krav och Airview avseende andra krav.

Kravet i punkt 10.1.1.8 i kravspecifikationen innebär att Landstingens personal ska kunna installera och köra programmet från egna servrar och vid behov ta lösningen ur drift. Detta är möjligt endast om lösningen hanteras på Landstingens databaser. Programmet Airview är molnbaserat och uppfyller därmed inte kravet. Eftersom Airview inte uppfyller kraven i upphandlingen, kan programmet inte ligga till grund för utvärderingen av Resmeds anbud beträffande andra krav. Samtliga krav måste istället uppfyllas av Resscan.

Resmeds applikation Airview Exchange är ett s.k. interface, dvs. ett medium för att överföra information. Airview Exchange speglar endast den information som finns på Airviews servrar i Frankrike så att den syns i patientjournalssystemet. Detta innebär inte att lösningen driftas/finns på Landstingens servrar. Det är på servrar i Frankrike som Airview bl.a. installeras och uppdateras. De patientkänsliga uppgifterna ligger med lösningen Airview utanför köparens servrar. Airview Exchange innebär inte att kravet i punkt 10.1.1.8 i kravspecifikationen uppfylls.

Philips har gjort ett flertal granskningar av programvaran Resscan hos kunder och funnit att Resscan saknar funktion för login och lösenord (autentisering). Resscan uppfyller således inte kravet i punkt 10.7.1.1 i kravspecifikationen, vari anges att applikationen ska uppfylla krav enligt PDL bilaga 16. Resmed har angett Airview i anslutning till kravet. Airview kan dock inte komma ifråga för uppfyllelse av kravet enligt resonemanget ovan. Det bestrids att Resmeds handlingsplan innefattar uppgifter om att Resscan ska förses med inloggningsfunktion. Tidsplanen är sekretessbelagd. Utan att domstolen tar del av tidsplanen går det inte att fastställa om anbudet är förenligt med kraven. Det ankommer därför på domstolen att fordra in uppgifter.

Enligt punkt 4.7 i de administrativa föreskrifterna ska leverantören tillhandahålla en testdator med installerad mjukvara. Airview Exchange har inte varit installerad på Resmeds provexemplar. Detta innebär att upphandlingens obligatoriska krav uppfylls genom andra programvaror än de som angetts i Resmeds anbud och som installerats i Resmeds provexemplar. Airview Exchange är en helt annan programvara än Airview. Det är oklart vilken programvara som Resmed avser installera hos Landstingen. Resmeds provexemplar har inte innehållit någon inloggningsfunktion.

Genomgående i förfrågningsunderlaget används begrepp som mjukvaran, systemet, lösningen och applikationen. Det förutsätts således att den efterfrågade funktionen uppfylls genom en programvara. Detta sammanhänger med de uppenbara hanteringsproblem som två olika programvaror medför. Det är uppenbart att Resscan inte är tänkt att användas, utan har offererats pga. att Airview inte uppfyller samtliga krav.

Resmed har utifrån punkt 2.1.2 i kravspecifikationen bifogat Declaration of conformity avseende Airsense och Airview, men inte avseende Resscan.

Beträffande punkt 10.7.1.1 i kravspecifikationen har Resmed inte nämnt något om Resscan.

Punkterna 10.1.2.1, 10.5.1.1 och 10.7.2.1 i kravspecifikationen är inte formulerade som obligatoriska krav, men det är obligatoriskt att besvara frågorna. Resmed har inte besvarat frågorna om säkerhet, lagringsvolym och hur rättigheter administreras med avseende på Resscan. Avsaknaden av svar avseende en av de offererade programvarorna utgör en uppenbar skravbrist.

Otillåten komplettering

I Resmeds anbud finns inte någon information om Airview Exchange. Uppgiften att Airview kan användas på olika sätt avseende en mängd olika specifikationer är nya uppgifter i förhållande till Resmeds anbud, vari Airview beskrivs som en ren molntjänst. Resmed har efter sista anbudsdag tillåtits lämna helt ny information, vilket utgör en otillåten komplettering.

Landstingen

Resmeds tillgång till annat företags kapacitet

Landstingen har bedömt att åtagandet visar att Resmed förfogar över tillräcklig kapacitet hos Nortech Medical för att kunna fullgöra kontraktet. Av avtalet framgår att Nortech Medical sedan drygt sex år tillbaka fungerar som Resmeds serviceorganisation. Det framgår tydligt vilka tjänster Nortech Medical har åtagit sig att utföra.

Med beaktande av den åberopade kapacitetens karaktär och upphandlingens omfattning skulle det vara oproportionerligt och kostnadsdrivande att kräva att åtagandet ovillkorligen skulle sträcka sig över fyra år. Särskilt då det är

Landstingen som ensidigt beslutar om eventuell förlängning efter de första avtalsåren.

Av mall för upphandlingskontrakt framgår att Resmed, för det fall kontrakt tecknas, har rätt att anlita och därmed även byta underleverantör för den åberopade kapaciteten.

Lösningens kravuppfyllelse

Resmeds anbud uppfyller upphandlingens krav med två system. Landstingen har inte ställt krav som hindrar den typen av lösning.

Resmed har i anslutning till punkt 10.1.1.8 i kravspecifikationen angett att kravet uppfylls. Landstingen har tagit svaret för gott. Efter att Philips lämnat information om servrarnas placering har Landstingen begärt att Resmed ska redogöra för den offererade lösningen.

Resmed har därvid uppgett att lösningen kan driftas på köparens egna servrar. Resmed har vidare uppgett att Airview inte endast är en molntjänst och att Airview kan användas på olika sätt avseende en mängd olika specifikationer, t.ex. som lokal hantering av patientdata. Resmed har även uppgett att Airview Exchange inte endast är ett interface, som Philips gör gällande, utan en flexibel lösning kompatibel med kraven i upphandlingen. Ingen patientdata behöver lagras på den server som driver den webbaserade åtkomsten till Airview i Frankrike. Lösningen kan driftas lokalt på köparens egna servrar.

Resmed har avseende Resscan uppgett att det finns en inloggningslösning med autentisering. I detta sammanhang kan noteras att det finns en tidsatt handlingsplan för hur kraven i PDL ska uppfyllas med Resscan. Detta är

dock inte relevant i målet, eftersom kraven redan nu är uppfyllda med Resscan och Airview.

Vad gäller kravet i punkt 2.1.2 i kravspecifikationen avses utrustningen som sådan. Information därutöver, t.ex. avseende system, har betraktats som överskottsinformation. Den lämnade informationen är tillräcklig för att bedöma om kravet är uppfyllt.

Frågorna i punkterna 10.1.2.1, 10.5.1.1 och 10.7.2.1 i kravspecifikationen har ställts för att ge leverantörerna möjlighet att närmare beskriva funktioner och liknande utan att koppla dem till skarpa ska-krav. Detta är ett vanligt sätt för upphandlande myndigheter att få ytterligare information. Uppgifterna ligger inte till grund för utvärderingen. Landstingen anser att informationen som inkommit är tillräcklig för att anbudet ska kunna bedömas.

Otillåten komplettering

Resmed har offererat Resscan och Airview för att tillsammans uppfylla kraven i upphandlingen. Det finns inget krav på att kraven ska uppfyllas med ett och samma program. Landstingen har heller inte efterfrågat någon ingående beskrivning av lösningen i anbudet.

Efter tilldelningsbeslutet har Philips påtalat något som skulle kunna uppfattas som en motsägelse i Resmeds anbud. På grund av detta har Landstingen begärt en förklaring av Resmed. Resmed har därefter förklarat sig på ett för Landstingen nöjaktigt sätt. Det rör sig endast om förtydliganden av redan lämnade uppgifter.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

En upphandlande myndighet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (9 kap. 8 § andra stycket LOU).

En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras (11 kap. 12 § LOU).

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 har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förfrågningsunderlaget

I de administrativa föreskrifterna anges bl.a. följande under punkt 4.7 Provexemplar.

Krav: Provexemplar av offererad varukorg ska erbjudas kostnadsfritt för funktionsprovning och utvärdering. Leverantören ska kostnadsfritt tillhandahålla en testdator med installerad mjukvara samt bruksanvisning med varukorgen. Om prov på offererad varukorg samt ev. mjukvara saknas förkastas anbudet på det område där prov saknas.

I kravspecifikationen anges bl.a. följande.

2.1.2 Samtliga produkter ska uppfylla regelverk: CE-märkta enligt gällande MDD-direktiv och därmed uppfylla IEC 601 samt övrig för utrustningstypen befintliga standarder. Declaration of conformity bifogas alternativt hänvisa till webbsida där dokumentet kan hämtas. MDD-klass anges.

10.1.1.8 Lösningen ska driftas av köparen på dennes egna servrar.

10.7.1.1 Applikationen ska uppfylla krav enligt PDL bilaga 16. De krav som leverantören inte uppfyller enligt bilaga 16 ska redovisas med en tidsatt handlingsplan.

Förvaltningsrättens bedömning

Resmeds tillgång till annat företags kapacitet

Resmed har i upphandlingen åberopat kapacitet från Nortech Medical. Som bevis har Resmed åberopat avtal den 23 december 2009 benämnt Resmed Servicecenter. I avtalet anges tjänsterna Telefonsupport (punkt 3.1), E-post (punkt 3.2), Servicearbeten inskickade till Nortech (punkt 3.3), Reservdels- hantering (punkt 3.4) och Övriga ärenden hos Nortech, uppdragsgivaren eller kund (punkt 3.5). Tjänsterna beskrivs kortfattat i avtalet. Uppsägnings- tiden är enligt avtalet sex månader.

Philips gör gällande att avtalet inte uppfyller LOU:s krav och anför bl.a. att det är oklart vilka tjänster som Nortech Medical ska utföra, att avtalet inte medför någon absolut plikt för Nortech Medical att utföra tjänster och att Nortech Medicals åtagande inte oåterkalleligt sträcker sig över den upp- handlade avtalstiden.

Förvaltningsrätten konstaterar att en anbudsgivare är fri att välja dels den rättsliga arten av de förbindelser som denne avser att ingå med andra enheter vars kapacitet åberopas för att fullgöra ett visst kontrakt, dels formen för hur dessa förbindelser ska bevisas (jfr EU-domstolens dom den 14 januari 2016 i mål C-234/14).

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det tillräcklig tydligt vilka tjänster Nortech Medical ska utföra åt Resmed under avtalet. Att det under punkt 3.5 i avtalet bl.a. anges att Nortech på begäran kan utföra vissa angivna tjänster medför inte att avtalet inte är tillräckligt preciserat.

Det har inte framkommit annat än att Nortech Medical sedan ett antal år tillbaka levererar under avtalet. Avtalet är alltså i kraft. Avtalets uppsägningstid är sex månader. I det ligger att avtalet gäller tills vidare. Vid angivna förhållanden saknas skäl att ifrågasätta att Resmed kommer förfoga över resurserna när kontraktet ska fullgöras. Förhållandet att avtalet kan sägas upp under det upphandlade ramavtalets löptid föranleder inte annan bedömning.

Lösningens kravuppfyllelse

Resmed har offererat produkten Airsense 10 tillsammans med programvarorna Resscan och Airview. Philips gör gällande att förfrågningsunderlaget förutsätter att de efterfrågade funktionerna uppfylls genom en programvara och pekar bl.a. på att det uppkommer hanteringsproblem med en lösning innefattande två programvaror och att Resmed besvarat ett antal frågor i kravspecifikationen utifrån Airview och inte Resscan. Mot detta har Landstingen invänt att något krav som hindrar lösning med två programvaror inte ställts i upphandlingen och att frågorna i kravspecifikationen som Philips hänvisat till inte utgör obligatoriska krav. Landstingens invändningar har inte på något konkret sätt ifrågasatts av Philips eller visats stå i strid med

förfrågningsunderlaget. Därmed finner förvaltningsrätten att det inte är visat att lösningen brister i kravuppfyllelse i denna bemärkelse.

Philips gör gällande att programvaran Airview varken självständigt eller tillsammans med applikationen Airview Exchange uppfyller kravet i punkt 10.1.1.8 i kravspecifikationen. Enligt Philips saknar vidare programvaran Resscan autentisering, och uppfyller därmed inte kravet i punkt 10.7.1.1 i kravspecifikationen. Philips gör dessutom gällande att Airview Exchange inte varit installerad på Resmeds testdator och att testdatorn saknat inloggningsfunktion. Landstingen bestrider de påstådda bristerna och anger bl.a. att Resmeds lösning kan "driftas" på Landstingens egna servrar och att Resscan har en inloggningslösning med autentisering. Kraven enligt patientdatalagen, PDL, är enligt Landstingen uppfyllda.

Det ankommer inte på domstolen att göra en ny kvalificering och utvärdering av anbudet i upphandlingen, utan att prövningen inskränker sig till frågan om de grundläggande principerna i LOU har överträtts (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 mars 2013 i mål nr 2130-12). Landstingen har funnit att Resmeds tekniska lösning uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Vad Philips har åberopat visar enligt förvaltningsrättens mening inte att Landstingen tagit ovidkommande hänsyn eller avvikit från förfrågningsunderlaget när de kommit till den slutsatsen. Utifrån vad Philips har åberopat finner förvaltningsrätten det heller inte visat att Resmeds anbud inte uppfyller kravet i 2.1.2 i kravspecifikationen avseende bl.a. CE-märkning.

Otillåten komplettering

Philips gör gällande att Resmed tillåtit göra otillåtna kompletteringar till anbudet genom att lämna ny information avseende programvaran Airview och applikationen Airview Exchange. Landstingen har invänt att någon in-

gående beskrivning av lösningen inte efterfrågats och att Landstingen, med anledning av informationen från Philips, begärt vissa förtydliganden av Resmed avseende Resmeds lösning. Vad Landstingen har anfört i denna del har inte ifrågasatts av Philips.

Det framgår att Resmed på begäran av Landstingen närmare har beskrivit hur lösningen fungerar och uppfyller vissa av de tekniska kraven i upphandlingen. Även om nya uppgifter avseende programvaran Airview och applikationen Airview Exchange därvid framkommit, är det enligt förvaltningsrättens mening fråga om konkretiseringar av redan lämnade uppgifter. Det är inte visat att några ursprungliga uppgifter i anbudet ändrats eller ersatts med nya. Förtydligandena har därmed skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten har övervägt men inte funnit skäl att inhämta någon uppgift (8 § förvaltningsprocesslagen).

Vid ovan angivna förhållanden har grund för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU inte framkommit. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Magnus Wickström

Föredragande: Carl Hultsberg



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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.