



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

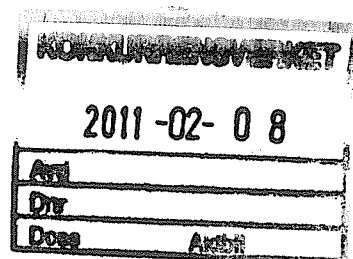
DOM
2011-02-07
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
8493 – 8496-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag, 556067-8194

Ombud: Advokat Sascha Schaeferdiek
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm



MOTPARTER

1. Landstinget Västmanland
2. Landstinget Sörmland
3. Landstinget Dalarna
4. Örebro läns landsting

Genom: Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala

ÖVERPRÖVADE UPPHANDLINGAR

Landstingens i Västmanland, Södermanland, Dalarna och Örebro län, genom Varuförsörjningen, upphandlingar av patientnära analyser, undergrupp 51, urinstickor inklusive instrument, VF2010-0014

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Kammarrätten i Stockholms beslut den 22 december 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Landstingen i Västmanland, Södermanland, Dalarna och Örebro län, (landstingen) har, genom Varuförsörjningen, genomfört upphandlingar av patientnära analyser, undergrupp 51, urinstickor inklusive instrument, VF2010-0014.

Förvaltningsrätten avslag i dom den 29 november 2010 Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolags (bolaget) ansökan om överprövning. Bolaget överklagade förvaltningsrättens dom. Kammarrätten i Stockholm beslutade den 22 december att återförvisa målet till förvaltningsrätten på grund av brister i kommunikeringen. Förvaltningsrätten har efter detta gett bolaget tillfälle att yttra sig över landstingens yttrande. Bolagets svar återges under rubriken grunder.

YRKANDEN

Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag (bolaget) begär överprövning av upphandlingarna och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingarna får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att bolagets anbud utvärderas och i andra hand att upphandlingarna ska göras om.

Landstingen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

GRUNDER

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan om överprövning. Landstingen har i samverkan upphandlat bl.a. urinstickor inklusive instrument, undergrupp 51. Fem leverantörer lämnade anbud för undergrupp 51, däribland bolaget och Siemens. Anbuderna omfattade material för patientnära analys av urin, dels urinstickor, dels instrument för analyser av urin. Enligt landstingen uppfyllde inte bolagets anbud skall-kravet avseende manuell överföring av bokstäver och siffror till instrumentet. Landstingen

meddelade den 5 oktober 2010 att Siemens tilldelades kontraktet för undergrupp 51, urinstickor och instrument.

Landstingen ansåg att bolaget inte uppfyllde följande skall-krav och utvärderade därmed inte bolagets anbud. ”Användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet skall kunna scannas med handscanner och knappas in manuellt med siffror och bokstäver kombinerat på instrumentet.” Bolaget angav i sitt anbud att man uppfyllde det aktuella skall-kravet. Landstingen underkände dock bolagets instrument i denna del med motiveringen att instrumentet inte hade något inbyggt tangentbord. Det framgår dock inte av skall-kravet att instrumentet ska ha ett inbyggt tangentbord. Syftet med skall-kravet är att säkerställa att uppgifter avseende användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet kan knappas in med både siffror och bokstäver. Denna funktionalitet är viktig eftersom koderna för användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet kan bestå av både siffror och bokstäver. Bolagets instrument uppfyller detta krav genom att ett mindre tangentbord kan anslutas till mätenheten genom en sladd. På så sätt kan både siffror och bokstäver knappas in manuellt på instrumentet, som utgörs av mätenheten och tangentbordet. Landstingen borde således ha utvärderat bolagets anbud vidare.

Skulle förvaltningsrätten inte förordna om rättelse gör bolaget gällande följande. Urinstickorna och urinanalysinstrumenten används av landstingens sjukvårdsanställda, t.ex. sjuksköterskor. Typiskt tillvägagångssätt är att en patient lämnar ett urinprov som en sjuksköterska doppar urinstickan i, varefter urinstickan sätts in i mätinstrumentet. Därefter analyserar mätinstrumentet urinstickans reaktionsfält och på så sätt kan sjukvården mäta bl.a. socker- och blodhalter i patientens urin. I mätinstrumentets elektroniska minnesbank kan ett visst mätvärde kopplas samman med en specifik patient och en specifik provutförare genom att dessas identitetsuppgifter, anges genom avläsning av identitetshandlingar med streckodläsare eller

genom manuell inknappning på instrumentet. Huruvida manuell inknappning av siffror och bokstäver till instrumentet sker genom en s.k. touch screen eller ett externt tangentbord är oväsentligt för mätsäkerheten, patientsäkerheten eller arbetsmiljön för de sjukvårdsanställda.

Uppsala läns landsting har i upphandlingen även upphandlat urinstickor för befintliga instrument. I denna del av upphandlingen tillämpade Uppsala läns landsting inte ett motsvarande skall-krav. De befintliga instrumenten uppfyller inte skall-kravet, om kravet tolkas på så sätt att instrumentet måste ha en touch screen, och när det gäller de alternativa instrumenten tillämpades inget motsvarande skall-krav. Uppenbarligen ansåg Uppsala läns landsting när det gäller den egna upphandlingen att ett krav på touch screen inte var nödvändigt. Det är enligt bolagets uppfattning uteslutet att skall-kravet kan anses vara nödvändigt när det gäller de nu aktuella landstingens upphandlingar.

Kravet på att instrumentet måste ha en touch screen tjänar inte något försvarbart syfte och strider därmed mot proportionalitetsprincipen och är konkurrenshämmande. Skall-kravet är sålunda i strid med 1 kap. 9 § LOU. Denna brist i upphandlingsförfarandet har dock inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, eftersom samtliga leverantörer på marknaden deltagit i upphandlingarna. Det är därför tillräckligt att kvalificeringsfasen rättas. Skulle rättelse inte ske, bör förvaltningsrätten förordna att upphandlingarna görs om.

Av landstingens utvärdering framgår att Siemens anbuds utvärderingspris uppgick till 1 396 500 kronor. Skulle landstingen ha utvärderat bolagets anbud, hade utvärderingspriset hamnat på 925 750 kronor. Sålunda skulle bolaget ha tilldelats kontraktet och har därmed lidit skada på grund av att landstingens upphandlingar varit strid med LOU.

Landstingen anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Landstingen har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. I rubricerade upphandlingar finns följande skall-krav angivet. ”Användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet skall kunna scannas med handscanner och knappas in manuellt med siffror och bokstäver kombinerat på instrumentet.” Bolagets offererade instrument uppfyller inte nämnda skall-krav. Skall-kravet ska läsas bokstavligen, nämligen att med ”på instrumentet” avses att funktionen för inmatning av identitetsuppgifter ska kunna göras direkt på instrumentet. Hade något annat avsetts hade uttrycket varit ”i instrumentet” För att inmatning av uppgifterna i bolagets offererade instrument ska kunna ske, måste instrumentet kombineras med ett tangentbord som kan anslutas till instrumentet som en fristående del. Tangentbordet är således ett tillbehör som inte ingår i det pris som bolaget offererat. Den av bolaget hävdade prisskillnaden jämfört med Siemens anbud är inte korrekt då för bolagets instrument tillkommer kostnader för tangentbord.

Syftet med det ställda skall-kravet är att det generellt inom denna verksamhet pågår ett kontinuerligt arbete med att minimera ytor i lokalerna med det långsiktiga målet att hålla nere lokalkostnaderna till gagn för den övriga verksamheten. Att köpa instrument inom hälso- och sjukvården innebär inte endast att landstinget isolerat kan se på att ett instrument klarar vissa grundläggande krav utan hänsyn måste också tas till exempelvis arbetsmiljöaspekter, ergonomin för personalens handhavande, lokalernas utformning och ytor. Det ställda skall-kravet har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till det som upphandlas. Landstingen har därmed inte brutit mot proportionalitetsprincipen. Att Landstinget i Uppsala län för närvarande använder bolagets produkt saknar betydelse i målet. Det pågår ett kontinuerligt arbete inom landstingens hälso- och sjukvårdsverksamhet med att minimera kostnader inom olika områden för att inom befintliga budgetramar kunna tillföra medel till vården och behandlingen av

patienterna. Landstingen har där kommit olika långt i sitt arbete, vilket rimligtvis inte kan vara ett hinder för att landsting som kommit längre ska kunna ställa krav som tillgodoser målet att minimera kostnader.

Bolaget anför bl.a. följande i yttrande. Bolagets anbud omfattade all nödvändig utrustning för att instrumenten skulle uppfylla kravspecifikationen. I punkten 4.1.1 i anbudet anges följande: "Priser anges netto i svenska kronor samtliga åtaganden inberäknade".

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att instrumentens storlek var av betydelse i upphandlingen. Om detta var syftet hade landstingen uppställt ett skall-krav som tog sikte på instrumentens form och mått. Landstingens påståenden om att syftet med skall-kravet var att begränsa lokalytan är en efterhandskonstruktion.

Tangentbordet som kan kopplas till bolagets instrument har en storlek på ca 30 cm gånger 15 cm. Tangentbordet upptar således knappast någon nämnvärd lokalyta. Vårdcentralerna inom landstingen använder vanligtvis endast ett instrument per vårdcentral. Sjukhusen inom landstingen använder ett fåtal instrument per sjukhus. I praktiken används tangentbordet nästan aldrig eftersom det bara behövs vid inknappning av bokstäver. Vårdpersonalen läser in personnummer med streckodläsare eller knappar in siffrorna direkt på instrumentet. Tangentbordet behövs bara om personalen vill skriva in namn på ett patientprov, som tillägg till ett personnummer. Om någon enhet skulle ha detta som rutin skulle tangentbordet stå framme, men inte nämnvärt påverka lokalytorna. Mot bakgrund av ovanstående framstår landstingens påstående om skall-kravets syfte som föga övertygande. Landstingen har vidare inte närmare redogjort för på vilket sätt skall-kravet ger upphov till en bättre arbetsmiljö och ergonomi. Bolaget vidhåller således att skall-kravet inte tjänar något försvarbart syfte och därmed strider mot proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU, i tillämplig lydelse, stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU, i tillämplig lydelse, anges 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.

Handlingarna i målet

I förfrågningsunderlaget under rubrikerna ”särskilda produktkrav” och undergrupp 51 ”Obligatoriska krav”, punkt 6.1.2, anges bl.a. följande. Användar-/operatörsidentitet och prov-/patientidentitet skall kunna scannas med handscanner och knappas in manuellt med siffror och bokstäver kombinerat på instrumentet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida landstingen, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan tillämplig bestämmelse, och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet

och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om landstingen haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget från utvärderingen. Bolaget har anfört att man uppfyller skall-kravet i punkten 6.1.2 i förfrågningsunderlaget genom att ett separat tangentbord kan anslutas till bolagets offererade produkt. På så sätt kan både siffror och bokstäver knappas in manuellt på instrumentet, som utgörs av mätenheten och tangentbordet. Landstingen har anfört att det i skall-kravet tydligt anges att uppgifterna ska kunna knappas in på instrumentet. Hade landstingen accepterat en lösning som den bolaget offererat skulle skall-kravet utformats som så att uppgifterna ska kunna knappas in i instrumentet.

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av ordalydelsen i det aktuella skall-kravet att det tydligt framgår att uppgifterna ska kunna knappas in på instrumentet. Den av bolaget offererade lösningen med ett separat tangentbord, som då inte är en del av instrumentet, uppfyller enligt förvaltningsrättens mening inte det aktuella skall-kravet. Landstingen har därmed haft fog för sitt beslut att inte utvärdera bolagets anbud i undergrupp 51 i upphandlingen. Bolagets talan ska således inte vinna bifall på denna grund.

Förvaltningsrätten har då att ta ställning till huruvida det aktuella skall-kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändiga och lämpliga med

hänsyn till det syfte som eftersträvas. Den upphandlande myndigheten får alltså inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt med den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen ska genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen.

Bolaget har anfört att huruvida manuell inknappning av siffror och bokstäver till instrumentet sker genom en s.k. touch screen eller ett externt tangentbord är oväsentligt för mätsäkerheten, patientsäkerheten eller arbetsmiljön för de sjukvårdsanställda. Bolaget anför att deras tangentbord som kan kopplas till instrumentet har en storlek på ca 30 cm gånger 15 cm och det upptar således knappast någon nämnvärd lokalyta. Bolaget menar att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att instrumentens storlek var av betydelse i upphandlingen och om detta var syftet skulle landstingen uppställt ett sådant skall-krav. Landstingens påståenden om att syftet med skall-kravet var att begränsa lokalytan är enligt bolaget en efterhandskonstruktion. Bolaget gör gällande att ett krav på att instrumentet måste ha en touch screen inte tjänar något försvarbart syfte och att landstingens tillämpning av kravet är konkurrenshämmande. Skall-kravet strider därmed enligt bolaget mot proportionalitetsprincipen.

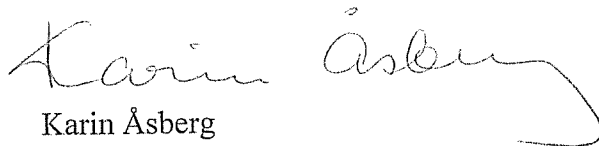
Landstingen har anfört att syftet med det ställda skall-kravet är att minimera ytor i lokalerna, med det långsiktiga målet att hålla nere lokalkostnaderna till gagn för övrig verksamhet. Landstingen kan vid köp av instrument inte isolerat se på att instrumentet klarar vissa grundläggande krav utan måste även ta hänsyn till exempelvis arbetsmiljöaspekter, ergonomin för personalens handhavande, lokalernas utformning och ytor. Det aktuella skall-kravet har därmed ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till det som upphandlas. Landstingen menar därmed att de inte brutit mot proportionalitetsprincipen.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer föremålet för upphandlingen och den har vid krav på utformningen av produkten stor frihet. De krav myndigheten ställer upp får dock inte strida mot principerna om ickediskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster (jfr RÅ 2010 ref. 78). Förvaltningsrätten finner att vad landstingen har åberopat att det ställda skall-kravet avser att fylla syftet att långsiktigt minimera kostnader för lokalytor utgör en del av produktens funktionalitet i landstingens verksamhet och att kravet därför inte är obefogat. Bolaget har inte visat att dess produkt har den funktionalitet som landstingen efterfrågar. Förfrågningsunderlaget är tydligt utformat i detta hänseende. Landstingens upphandlingar har således inte brustit i förhållande till proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten finner således sammanfattningsvis att bolaget i målet inte har visat att landstingen vid upphandlingen har överträtt bestämmelserna i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna, varför det saknas skäl för ingripande. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om att i och med att det interimistiska beslutet upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A)



Karin Åsberg
rådman

Målet har handlagts av Andreas Lund.