



**LÄNSRÄTTEN I
VÄRMLANDS LÄN**
Lars Överström

DOM
2008-03-18
Meddelad i
Karlstad

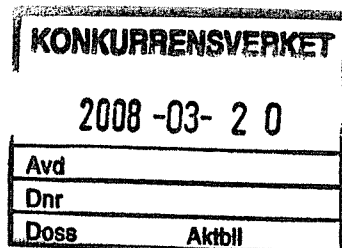
Mål nr
2540-07
Rotel 1

SÖKANDE

Otimo Data AB, 556563-5207
Larmgatan 1
392 32 Kalmar

Ombud:

Advokat Fredrik Linder
Jur. kand. Rebecca Gustafsson
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

**MOTPART**

Landstinget i Värmland
651 82 Karlstad

Ombud: Anna-Lena Wingqvist
Landstinget, Juridik- och upphandlingsstaben
Våxnäsgatan 2
651 82 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling

Otimo Data AB (nedan kallat Otimo) begär överprövning av landstingets upphandling av IT-stöd för intensivvårdsregistrering. Otimo yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att anbud i upphandlingen från bolaget skall utvärderas på nytt och i andra hand att upphandlingen skall göras om. Otimo anför bl.a. följande.

Landstinget har vidtagit en felaktig utvärdering av anbudet och härigenom agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Otimo kan komma att lida skada eftersom det på goda skäl kan antas att bolaget vid en korrekt genomförd anbudsutvärdering skulle ha antagits som leverantör i upphandlingen.

Otimo har ej fått poäng för uppfyllt bör-krav

Av Otimos svarsblankett framgår följande: Urvalskriterier bör kunna vara vårdtillfälles-ID, personnummer, namn, IVA-enhet, klinik, in-tagningsdatum, vårdavdelning.
Bör-kravet uppfylls: 2 poäng

Dok.Id 36883

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Stora Torget

Telefon
054-14 81 00
E-post: lansrattenivarmland@dom.se

Telefax
054-14 81 30

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00 - 12:00
13:00 - 15:00

Otimo har således uppgett att bolaget uppfyller ställt bör-krav. Otimo har emellertid fått 26 poäng istället för uppgivna 28 poäng i kategorin "Övriga bör-krav". På fråga varför svarade landstinget att eftersom inte PasIva (Otimos erbjudna system) hade urvalskriteriet vårdtillfälles-ID togs två poäng bort.

Det är felaktigt att PasIva inte har urvalskriteriet vårdtillfälles-ID. Funktionaliteten finns i PasIva, vilket också korrekt uppgetts genom ifyllandet att bör-kravet uppfylls. Otimo borde således ha tilldelats ytterligare två poäng.

Utvärderingskriteriet Totalkostnad är diskriminerande

Landstinget har sedan tidigare licens till SYSteams system Fenix, vilket innebär att SYSteam inte har någon ytterligare kostnadspost i sin totalkostnad för sådant införande.

I mål 3066-95 som avsåg upphandling av mätningstekniska tjänster gjorde Länsrätten i Älvsborgs län vissa uttalanden om tillåtna fördelar för tidigare leverantör. I domskälen angavs bl.a. att det får antas att en tidigare leverantör kan ha vissa konkurrensfördelar, såsom exempelvis att grundläggande investeringar inte behövs för att uppdraget skall kunna utföras. Länsrätten anförde emellertid vidare: " En förutsättning för att alla konkurrensmöjligheter skall kunna utnyttjas är emellertid att skillnader i förutsättningar mellan tidigare och nya leverantörer reduceras vid utformningen av förfrågningsunderlaget genom att underlaget ges en neutral och icke-diskriminerande utformning, som inte på ett otillbörligt sätt gynnar den tidigare leverantören. "

Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) kommenterade domen enligt följande: "Avgörandet visar att det ställs stora krav på noggrannhet och objektivitet vid utformningen av förfrågningsunderlaget för att eventuella fördelar för tidigare leverantör skall kunna betraktas som naturliga och godtagbara ".

Kostnaden för licensen är betydande i sammanhanget. För Otimos del uppgår denna till en dryg tredjedel av Totalkostnaden. Kriteriet i dess nuvarande utformning medför att andra leverantörer, som inte landstinget sedan tidigare använt sig av, inte kan konkurrera med SYSteam avseende priset på lika villkor. Kriteriets utformning och tillämpning kan inte anses objektivt och likabehandlande.

Otimo kan komma att lida skada eftersom det på goda skäl kan antas att bolaget vid en korrekt genomförd anbudsutvärdering skulle ha antagits som leverantör.

Landstinget anför i svar bl.a. följande.

Urvalskriteriet vårdtillfälles-ID uppfylls ej.

I testversionen av Otimos IT-stöd framgår att det inte är möjligt att söka visst vårdtillfälle via vårdtillfälles-ID (utskrift från bolagets IT-stöd, PasIva). Då Otimo muntligen presenterade sitt anbud ställde landstingets referensgrupp särskilt frågan om sökning kan ske på vårdtillfälles-ID. Otimos representant besvarade frågan nekande samt tillade att sökning kan ske på många andra sätt och att sökning på vårdtillfälles-ID inte skulle vara nödvändigt. Landstinget anser, med hänvisning härtill att ifrågavarande bör-krav inte är uppfyllt.

Utvärderingskriteriet Totalkostnad är utformat i enlighet med LOU

Landstinget upphandlade år 1993 ett IT-system för intensivvårdsregistrering av leverantören SYSteam. Inför millennieskiftet uppdaterades detta till systemet Fenix. Intensivvården inom landstinget deltar tillsammans med andra svenska intensivvårdsavdelningar i föreningen Svenska Intensivvårdsregistret (SIR). Medlemmarna rapporterar information till SIR för bearbetning och analys i syfte att följa upp och jämföra verksamheterna ur kvalitetssynpunkt. För denna rapportering behöver landstinget ett IT-stöd som är anpassat till SIR:s krav på redovisning. I stället för att göra en uppgradering av Fenix, beslöt landstinget att göra en ny upphandling av IT-stöd och därmed utnyttja (de i ifrågavarande fall små) konkurrensmöjligheterna på marknaden. Vid anbudstidens utgång hade det inkommit två anbud - ett från Otimo och ett från SYSteam.

I Länsrätten i Älvsborgs läns domskäl anges bl.a. att det får antas att en tidigare leverantör kan ha vissa fördelar, t.ex. att grundläggande investeringar inte behövs för att uppdraget skall kunna utföras. Sådana fördelar torde kunna sägas vara såväl naturliga som godtagbara, enligt länsrätten. Landstinget instämmer i den bedömning eftersom en upphandlande enhet annars skulle tvingas göra samma investering två gånger i de upphandlingar där ett eventuellt krav på en sådan nollställning skulle vara utslagsgivande. Då landstinget skall anta det för landstinget ekonomiskt mest förmånliga anbudet i enlighet med uppställda kriterier, skulle det strida mot LOU att inte ta hänsyn till redan gjorda investeringar. Genom att beakta den "totala" kostnaden samt vikta priskriteriet endast till 25 procent har landstinget utformat kriteriet och utvärderingsmodellen på ett objektivet sätt så att eventuella kostnadsfördelar för tidigare leverantör kan anses godtagbara.

I kriteriet Totalkostnad beaktas de av anbudsgivaren angivna priserna för licenser, införande, support/service, utbildning och övriga kostna-

der som tillkommer för köp av respektive offererat IT-stöd. Hänsyn har tagits till följande beräknade priser:

	Otimo	SYSteam
Licenser	410 000 kr	-
Utvecklingskostnader	-	148 000 kr
Införande	-	11 926 kr
Support/service	750 000 kr	750 000 kr
Utbildning	27 000 kr	26 000 kr
Ev. resekostnader	-	-
Övr. kostnader	-	57 860 kr
Totalkostnad	1 187 000 kr	1 092 156 kr

Detta innebär att Otimos totala pris, räknat på avtalsperioden fem år, endast är 94 844 kr högre, trots att köp av licenser ingår.

Vad gäller konkurrensneutraliteten kan det vidare noteras att landstinget räknat med en kostnad uppgående till 316 156 kr för utveckling, införande och övriga kostnader för att SYSteams IT-stöd skall kunna uppfylla SIR:s krav. Otimos kostnad härför uppgår till 0 kr.

Otimo deltar på nationell nivå i arbetet med att utforma krav och rekommendationer för intensivvårdsregistrering. Sedan år 2001 arbetar bolaget, på uppdrag av SIR, med att samla in och hantera den information som SIR:s medlemmar rapporterar in till registret.

Sammanfattning

Landstinget har utformat förfrågningsunderlaget efter landstingets behov och nyttjat de konkurrensmöjligheter som finns på ett objektivt sätt så att eventuella kostnadsfördelar för tidigare leverantör kan anses godtagbara och även i övrigt genomfört upphandlingen affärsmässigt.

Otimo tillägger i yttrande bl.a. följande.

Otimo har ej fått poäng för uppfyllt bör-krav

Den testversion av PasIva som landstinget hänvisar till är en tidigare testversion som landstinget erhöll i april 2007 och alltså inte en testversion av det nu offererade systemet. Som framgår av till länsrätten ingivna handlingar kan man genom att trycka på "internt id" under "inlagda patienter" i PasIva öppna ett vårdtillfälle. Det krävs att behörighet tilldelas personen ifråga som använder systemet för att "internt id" skall vara synbart på sökbilden. Denna behörighet finns emellertid att tillgå i PasIva. Påståendet att Otimos representant besvarat frågan om sökning kunde ske på vårdtillfälles-ID nekande är felaktigt.

Utvärderingskriteriet Totalkostnad är diskriminerande

Enligt kommentaren till LOU, Hentze, Sylven, 1998, är huvudändamålet bakom affärsmässighetsprincipen i LOU att upprätthålla en effektiv konkurrens. För att konkurrensen skall vara effektiv skall det vara möjligt att tävla på lika villkor och det skall finnas möjlighet för nya aktörer att komma in på marknaden.

Det faktum att Otimos anbud saknar vissa kostnadsposter, som samtliga anbudsgivare faktiskt kan ha och som SYSteam anger i sitt anbud, kan knappast vara till Otimos nackdel ur konkurrenssynpunkt. Det kan inte heller vara ett tecken på att landstinget tagit tillvara konkurrensmöjligheterna ifråga på marknaden. Licenskostnaden däremot är en kostnad som endast en leverantör kan undvara.

SYSteam uppfyller inte bör-kraven avseende Intensivvårdsdata och Resursdata

SYSteam har under rubrikerna "Intensivvårdsdata" och "Resursdata" i svarsblanketten kryssat för att bör-kraven ifråga uppfylls, men samtidigt under kommentar/hänvisning angivit att det är en funktion som kan läggas till respektive att den kan implementeras. Detta kan inte uppfattas på annat sätt än att funktionerna ifråga faktiskt inte finns i systemet. SYSteam borde således inte ha erhållit poäng för bör-kraven ifråga.

Ovanstående kan jämföras med Otimos svar i svarsblanketten under rubriken "Lösenord", där Otimo på sätt liknande SYSteam, uppgivit att funktionen ifråga kan införas, men inte har kryssat för att man uppfyller bör-kravet och inte heller fått poäng för bör-kravet ifråga.

Sammanfattningsvis har SYSteam inte uppfyllt bör-kraven avseende Intensivvårdsdata och Resursdata. SYSteam borde därför inte ha tilldelats de fyra poäng som bör-kraven ifråga ger.

Landstinget hänvisar i sitt yttrande till en bilaga och uppger att detta är en utskrift från Otimos hemsida. Detta är inte korrekt. Hemsidan ifråga är visserligen utformad av Otimo på uppdrag av SIR, men tillhör SIR.

Landstinget tillägger bl.a. följande.

I den testversion som landstinget erhållit från bolaget i samband med upphandlingen framgår att det inte är möjligt att söka visst vårdtillfälle via vårdtillfälles-ID. Otimo har inte i sitt anbud informerat om att denna testversion inte skulle motsvara det system som offererats i

upphandlingen och inte heller vid sin muntliga presentation och demonstration av sitt offererade system visat att vårdtillfälles-ID är sökbar. Otimo anger att dess IT-system PasIva numera medger sökning på vårdtillfälles-ID. Det bevisar dock inte att funktionen offererats i anbudet.

Omständigheten att bolaget själv anger att ett bör-krav uppfylls, samt att landstinget bedömer att kravet inte kan anses uppfyllt, innebär inte att landstinget uppfattat det som att bolaget (eller SYSteam vid motsvarande hantering) ändrat sitt anbud. I upphandlingen finns även det motsatta förhållandet, dvs. landstinget anser att Otimo uppfyllt ett visst bör-krav, som inte kryssats för såsom uppfyllt. Otimo erhåller därmed fem poäng, som Otimo själv inte kunnat räkna med.

SYSteam uppfyller bör-kraven avseende Intensivvårdsdata och Resursdata

Enligt landstingets mening skall ett krav vara uppfyllt senast när uppdraget påbörjas, om inte landstinget i förfrågningsunderlaget anger annat. Kravet anses uppfyllt om anbudsgivaren visar att så kommer att ske inom efterfrågad tid. (Jfr dom från Svea Hovrätt 2003-06-19, mål nr T-567-02). SYSteam har angivit att bör-kraven uppfylls och under kommentar/hänvisning i det ena fallet angivit att funktionen kan läggas till samt i det andra att den kan implementeras. Landstinget har därmed gjort den bedömningen att kraven kan vara uppfyllda när uppdraget påbörjas.

Såvitt landstinget erfar finns det vid köp av IT-system i princip aldrig några färdiga system på marknaden, utan det krävs alltid viss utveckling. Ifrågavarande upphandling av IT-system är dessutom speciell på så sätt att landstinget utformat sina krav utifrån de krav och rekommendationer om ställs av SIR. SIR har i sin tur arbetat fram dessa krav och rekommendationer tillsammans med Otimo. Det ligger därför i sakens natur att Otimos system uppfyller SIR:s krav och rekommendationer samt att Otimos konkurrenter måste anpassa sina system därefter. (SYSteams utvecklingskostnader beräknas i ifrågavarande upphandling för övrigt uppgå till 148 000 kronor.)

Bedömning av Otimos uppfyllelse av visst krav under rubriken Lösened

Landstinget kan instämma i att kravet borde anses uppfyllt och att Otimo borde ha fått ett poäng, eftersom kravet kunde uppfyllas innan driftstart av systemet. Den poängen skulle emellertid inte förändra resultatet på så sätt att Otimo skulle vinna upphandlingen.

Utvärderingskriteriet Totalkostnad är utformat i enlighet med LOU

Både Otimo och SYSteam kan anses ha vissa konkurrensfördelar i upphandlingen. Otimo får å sin sida anses ha fördel av att på nationell nivå delta i arbetet med att utforma krav och rekommendationer för intensivvårdsregistrering. Otimos IT-system är redan utformat i enlighet med dessa. SYSteam får å sin sida anses ha fördel av att vara tidigare leverantör. Landstinget har därmed redan erlagt licenskostnader avseende systemet, som för närvarande är i drift.

Otimos totalkostnad är knappt 95 000 kronor högre än SYSteams, räknat på en femårsperiod. Detta talar mot Otimos åsikt att det i praktiken blir omöjligt att konkurrera på lika villkor med den tidigare leverantören SYSteam, om Otimos licenskostnader skall beaktas i totalkostnaden.

Otimo tillägger bl.a. följande.

Funktionen vårdtillfälles-ID fanns i PasIva även i den testversionen som landstinget prövat.

Det torde det vara ostridigt att Otimo under alla förhållanden kunnat uppfylla landstingets krav på sökning via vårdtillfälles-ID när uppdraget skulle ha påbörjats. Följaktligen skulle Otimo med landstingets synsätt ha erhållit två poäng avseende det aktuella bör-kravet.

Vidare måste beaktas att vårdtillfälles-ID bara är ett av sju urvalskriterier i det aktuella bör-kravet. Även övriga kriterier går att söka på i Otimos system Pasiva. Landstinget har inte heller påstått att det inte skulle gå. Landstinget har alltså givit Otimo 0 poäng av max 2 poäng för bör-kravet trots att sex av sju urvalskriterier är sökbara, enligt landstinget inställning. Även med denna inställning borde Otimo ha erhållit minst en poäng avseende det aktuella bör-kravet.

Utvärderingskriteriet Totalkostnad är diskriminerande

Att priskriteriet Totalkostnad endast är viktat till 25 procent skulle underlätta för andra leverantörer än den tidigare att konkurrera är ett felaktigt antagande. Endast två leverantörer inkom med anbud. Dessutom har priskriteriet Totalkostnad varit helt avgörande för att SYSteam vunnit upphandlingen. Det bestrids vidare att Otimo skulle ha en konkurrensfördel av att Otimo utför visst arbete på uppdrag av SIR. Otimo medverkar inte alls till att ta fram SIR:s krav och rekommendationer, däremot samlar Otimo in information som SIR:s medlemmar rapporterar och sammanställer informationen för presentation på webben. Följaktligen publiceras de krav och rekommendationer som SIR tar fram så att alla intresserade aktörer kan ta del av dessa.

SYSteam uppfyller inte bör-kraven avseende Intensivvårdsdata och Resursdata

I Anbudsinbjudan anges att upphandlingen "avser köp av ett befintligt och fungerande IT-stöd för intensivvårdsregistrering" som kan anpassas till SIR:s obligatoriska och rekommenderade krav på redovisning. Dessutom anges att anbudsgivaren skall ange vilken utveckling som krävs om IT-stödet vid anbudstillfället inte är anpassat till SIR:s obligatoriska och rekommenderade krav. Otimo har uppfattat upphandlingen som att landstinget upphandlar ett befintligt och fungerande system, som således skall finnas vid anbudstillfället, och att anpassningar av IT-stödet från anbudstillfället fram till uppdraget skall påbörjas endast är tillåtet avseende de delar av IT-stödet som behöver anpassas till SIR:s obligatoriska och rekommenderade krav. Otimo anser att förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen inte kan tolkas på något annat sätt.

Det andra bör-kravet under rubrikerna "Intensivvårdsdata" och "Resursdata" har ingen koppling till SIR:s krav. Således skall dessa två bör-krav vara uppfyllda vid anbudstillfället för att en anbudsgivare skall kunna erhålla poäng. Då det framgår tydligt i SYSteams svarsblankett att så inte är fallet och således att SYSteam inte har ett "befintligt och fungerande IT-stöd" som uppfyller dessa krav skall SYSteam erhålla 0 poäng avseende dessa två bör-krav.

Landstinget tillägger bl.a. följande.

Urvalskriteriet vårdtillfälles-ID uppfylls ej av bolaget

I den testversion, som landstinget erhållit från bolaget, framgår att det inte är möjligt att söka på visst vårdtillfälle via vårdtillfälles-ID. Testversion kan för övrigt tillhandahållas för visning.

Otimo anser att bolaget borde ha erhållit minst en poäng, eftersom "sex av sju urvalskriterier är sökbara, enligt landstingets inställning". Det framgår av förfrågningsunderlaget att "Varje uppfyllt bör-krav ger den poäng som är angiven i Svarsblanketten". Det framgår vidare tydligt av svarsblanketten att anbudsgivare erhåller viss däri angiven poäng för uppfyllt bör-krav. Ingenstans anges att landstinget skulle kunna sätta annan poäng för "delvis" uppfyllt krav.

SYSteam uppfyller bör-kraven avseende Intensivvårdsdata och Resursdata

Landstinget har angivit att upphandlingen avser köp av ett befintligt och fungerande IT-stöd som kan anpassas till SIR:s obligatoriska och

rekommenderade krav på redovisning. Landstinget vill alltså inte köpa ett system som måste utvecklas från grunden, utan ett som finns och fungerar. Landstinget har fram till nu använt ett IT-stöd för intensivvårdsregistrering, som tillhandahålls av SYSteam. Systemet är således befintligt och fungerande. Enligt landstingets mening kan både bolaget och SYSteam offerera sådana system.

Enligt landstingets mening, skall ett krav vara uppfyllt senast när uppdraget påbörjas, om det inte i förfrågningsunderlaget anges att det skall vara uppfyllt vid en tidigare tidpunkt.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), vilken är tillämplig på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2008, skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Har den upphandlande enheten brutit mot 1 kap 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada skall länsrätten enligt 7 kap 2 § LOU besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Otimo har gjort gällande att bolaget uppfyller bör-kravet under p 5.3 innebärande att urvalskriterier bör kunna vara vårdtillfälles-ID, personnummer, namn, IVA-enhet, klinik, intagningsdatum, vårdavdelning. Enbart den omständigheten att man i anbud anger sig uppfylla ett krav innebär emellertid inte att kravet måste anses uppfyllt. Landstinget har anfört att det i den testversion landstinget erhållit från Otimo inte är möjligt att söka på vårdtillfälles-ID och att landstinget vid Otimos muntliga presentation särskilt ställt frågan om sökning på vårdtillfälles-ID är möjlig men fått ett nekande svar av Otimos representant, som också uppgett att sökning kan ske på många andra sätt och att sökning på vårdtillfälles-ID inte skulle vara nöd-

vändigt. Otimo har gjort gällande att det går att söka på vårdtillfälles-ID i Otioms IT-system PasIva och inledningsvis uppgett att den testversion landstinget hänvisar till är en tidigare testversion landstinget erhållit i april 2007 och i senare yttrande anfört att funktionen fanns även i den testversion landstinget prövat. Landstinget har å sin sida anfört att Otimo inte i sitt anbud informerat om att den testversion landstinget erhållit inte skulle motsvara vad som offererats i anbudet. Mot bakgrund av de uppgifter som enligt ovan framkommit anser länsrätten att Otimo inte visat att funktionen vårdtillfälles-ID offererats i anbudet och därmed att bör-kravet i anbudet inte uppfyllts beträffande nämnda funktion.

Otimo har vidare gjort gällande att utvärderingskriteriet "Totalkostnad" är diskriminerande då landstinget tidigare har licens till vinnande anbudsgivares system och att vinnande anbudsgivare därmed ges en fördel genom att inte ha någon licenskostnad. Det är i och för sig riktigt att skillnader i förutsättningar mellan tidigare och nya leverantörer bör reduceras vid utformningen av ett förfrågningsunderlag. Det ligger dock i sakens natur att olika anbudsgivare i en upphandling inte kan ha exakt samma förutsättningar när det gäller kostnader av olika slag. I nu aktuell upphandling kan såväl vinnande anbudsgivare som Otimo anses ha haft fördelar i fråga om olika kostnadsposter. Det kan inte anses ha framkommit att landstinget utformat förfrågningsunderlaget vad gäller kriteriet "Totalkostnad" på ett sådant sätt att vinnande anbudsgivare särbehandlats.

Ortimo har slutligen gjort gällande att vinnande anbudsgivare inte uppfyllt bör-kraven avseende "Intensivvårdsdata" och "Resursdata". Vinnande anbudsgivare har förutom att ange att dessa krav uppfylls även tillagt att funktionen kan läggas till respektive att den kan implementeras. Härigenom får vinnande anbudsgivare anses ha utfäst att funktionerna kan tillhandahållas och därigenom också offererat funktionerna i enlighet med de krav som uppställts.

Den omständigheten att Otimo rätteligen skulle ha fått ytterligare en poäng avseende bör-kravet under "Lösenord", vilket landstinget för övrigt instämt i, påverkar inte upphandlingen.

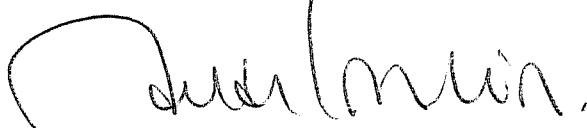
Länsrätten finner att landstinget inte har åsidosatt principerna om affärs-
mässighet, likabehandling och transparens på ett sådant sätt att Otimo har
lidit skada eller kan komma att lida skada.

Länsrättens interimistiska beslut den 29 november 2007 upphör i och med
denna dom att gälla.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Otimo Data AB begäran om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1B).



Anders Österlin