



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 18

DOM
2013-02-06
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
27613-12

SÖKANDE

Scanflex Medical AB, 556319-6533
Tumstocksvägen 9A
186 77 Täby

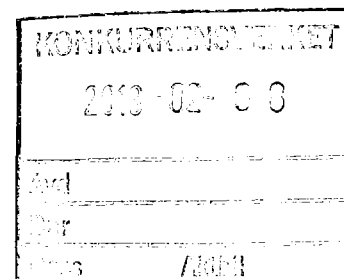
Ombud: Göran Jägenstedt
c/o Scanflex Healthcare AB
Box 1727
111 87 Stockholm

MOTPART

Karolinska Universitetssjukhuset, 232100-0016
Upphandlingssektionen NS3
171 76 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Scanflex Medical AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 320007

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Karolinska Universitetssjukhuset genomför en upphandling av strålterapiutrustning (ärende nr 2011-456, dnr K0340-2012). Scanflex Medical AB och ytterligare en leverantör lämnade in anbud. Upphandlingen har inledningsvis genomförts med ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Karolinska Universitetssjukhuset övergick därefter till förhandlat förfarande samt inledde förhandling och antog anbud från den andra leverantören. I tilldelningsbeslutet angavs bl.a. följande. Samtliga anbudsgivare uppfyller kvalificeringskraven och har därmed gått vidare till prövning av obligatoriska krav. Ingen av de inlämnade anbuden uppfyllde de obligatoriska kraven. Då den andra anbudsgivaren var det enda företaget som lämnat anbud på det som varit föremål för upphandlingen inleddes förhandling endast med dem. Kostnaden för flygresor förhandlades in i det offererade priset.

Scanflex Medical AB yrkar att utvärderingen av inkomna anbud ska göras om och att de krav som hindrar möjligheten till fri konkurrens ska exkluderas. Till stöd för bolagets talan anförs bl.a. följande. Scanflexs anbud har bedömts felaktigt, vilket inte har skett vid en objektiv bedömning. Karolinska Universitetssjukhuset har ställt upp skall-krav som inte är i enlighet med den europeiska standard som gäller för strålterapiutrustning, vilket fått till följd att en av två möjliga leverantörer favoriseras på ett sätt som sätter den fria konkurrensen ur spel. Karolinska Universitetssjukhuset har felaktigt dragit slutsatsen att anbudet inte uppfyller 2.2 i kravspecifikationen. Hänvisningen är felaktig. I anbudet anges att den offererade utrustningen uppfyller kravet i 2.11 och hänvisat till det bifogade dokumentet "Technical Data x-ray therapy T-200" där följande framgår. "If the set time exceeds the configured maximum time limit the treatment will be inhibited." Vidare anges att "The dose rate is monitored by an ion chamber, that switch off in the case of a missing dose accuracy." Dessa två funktioner

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

tillsammans är den funktion som Scanflex uppfattat efterfrågas. Svaret baserades således på förutsättningen att Karolinska Universitetssjukhuset har för avsikt att införskaffa strålterapiutrustning som uppfyller de krav som måste uppfyllas enligt gällande europeisk standard. Den utrustning som offererats uppfyller samtliga krav och funktioner som behövs för att bedriva en verksamhet i enlighet med Strålskyddsmyndighetens föreskrifter. Funktionen som bygger på en koppling mellan tid och dos är inte i enlighet med gällande standard, och medför att Karolinska Universitetssjukhuset avser att införskaffa en utrustning som inte uppfyller gällande europeisk standard. Vidare är funktionen enligt kravet en åtgärd för att hantera en teknisk och säkerhetsmässig brist i utrustningen. Scanflex yrkar därför att skall-kravet i 2.11 ska strykas. Den aktuella avdelningen som ska använda utrustningen har ingen dylik utrustning idag. Det finns endast två tillverkare av den typ av strålterapiutrustning som efterfrågas. Karolinska sjukhuset var väl förtrogen med de två olika utrustningarna som finns på marknaden. Genom införandet av 2.11 har Scanflex uteslutits som leverantör och det har inneburit ett otillbörligt gynnande av den andra leverantören. Den europeiska standarden är i första hand framtagen för att tillförsäkra säkerheten för patienter. Samtidigt sätter den ramarna för vad tillverkarna av strålterapiutrustning måste uppfylla för att få konkurrera fritt på marknaden i Europa. Konkurrensen har satts ur spel, i strid med principen om fri konkurrens och likabehandling enligt LOU. Slutsatsen att vinnande anbudsgivare har favoriserats som leverantör i upphandlingen tydliggörs av ytterligare ett faktum. Vid bedömningen att inget av inkomna anbuden uppfyllde alla skall-krav, valde Karolinska Universitetssjukhuset att förhandla med den andra anbudsgivaren, men inte med Scanflex. Med iakttagande av principerna om fri konkurrens och likabehandling borde kontakt även ha tagits med Scanflex. Karolinska Universitetssjukhuset hade fått klart för sig att kravet i 7.1 uppfylls inom ramen för anbudet om förhandling hade skett. Scanflex har således möjlighet att inom ramen för det pris som angetts uppfylla samtliga rimliga krav som kan ställas på strålterapiut-

rustningen och dess tillbehör till ett lägre pris. Karolinska Universitetssjukhuset skulle således förhandlat med båda leverantörerna som inkommit med anbud för att tillse likabehandling och fri konkurrens. Scanflex riskerar med Karolinska Universitetssjukhusets nuvarande bedömning av inkomna anbud att lida skada.

Karolinska Universitetssjukhuset anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. I tilldelningsbeslutet har numreringen av ett krav blivit fel och kravet som avses är 2.11. Kravspecifikationen har skrivits utifrån vad vårdverksamheten bedömer krävs för att utföra vården på ett för patienterna så säkert sätt som möjligt. Detta görs t.ex. genom att hålla stråldoserna så låga som möjligt för att undvika oönskade bieffekter. Standarder är minimikrav. En upphandlande myndighet kan alltid ha ytterligare krav om verksamheten så kräver. Det är fallet i denna upphandling och påståendet om att kravbilderna skulle vara anpassad för att gynna annan leverantör är grundlöst. I kravspecifikationen 5.3. finns de krav som ingår i standarden IEC-60601-2-8; (1.) Behandlingen avbryts efter vald tid (2.) Behandlingen avbryts om utrustningen inte levererar vald dosrat. Dosrat innebär levererad dos/tidsenhet. Scanflex har anfört att dessa två funktioner tillsammans är den funktion som bolaget uppfattat efterfrågas. Detta har Scanflex missuppfattat eller valt att tolka felaktigt. Den tredje efterfrågade funktionen, krav 2.11, innebär att apparaten registrerar vilken dos (ett absolut värde) som levererats in i patienten och avbryter behandlingen när den efterfrågade dosen uppnåtts, om det inträffar innan vald behandlingstid är slut. Detta för att förhindra att onödig strålning ges till patienten. Scanflex utrustning har inte den tredje funktionen. I Strålsäkerhetsmyndighetens krav på vårdverksamheter anges bl.a. "Optimering: Stråldoserna ska hållas så låga som det rimligen är möjligt utifrån ekonomiska och samhällsliga förutsättningar". Kravet ligger helt i linje med dessa krav och motiverar en något högre kostnad då denna typ av apparat uppskattas ha en teknisk livslängd på mer än tio år. Det är därför inte omotiverat konkurrensbegrän-

sande. Krav 7.1 i kravspecifikationen är ett skall-krav och Scanflex anbud uppfyllde inte detta krav. Det är det inlämnade anbudet som gäller i en öppen upphandling och det finns ingen möjlighet till förhandling. Inte heller efter en övergång till förhandlad upphandling finns det möjlighet till förhandling om det skulle innebära en väsentlig förändring av villkoren för avtalet. Förändringar i den tekniska specifikationen, såsom att acceptera brister på uppfyllande av krav 2.11, skulle vara en sådan väsentlig förändring.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Scanflex har anfört att dess anbud inte har utvärderats på ett objektivt sätt samt att skall-kravet i 2.11 inte är i enlighet med den europeiska standard som gäller för strålterapiutrustning och att den efterfrågade utrustning endast erbjuds av två möjliga leverantörer. Bolaget anser därför att skall-kravet innebär ett otillbörligt gynnande av vinnande anbudsgivare samt därför strider mot principerna om fri konkurrens och likabehandling enligt LOU.

Karolinska Universitetssjukhuset har gjort bedömningen att Scanflexs anbud inte uppfyller krav 2.11 och 7.1. I tilldelningsbeslutet har felaktigt

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

hänvisats till krav 2.2. Detta föranleder ingen åtgärd från förvaltningsrättens sida.

I kravspecifikationen 2.11 anges att behandlingen ska avbrytas av det som först uppnås av specificerad tid eller dos. Av utredningen framgår att den utrustning som Scanflex offererat inte uppfyller detta krav. En upphandlande myndighet har frihet att specificera krav på det som ska upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt (se prop. 2001/02:142 s. 21). Det finns således under dessa förutsättningar möjlighet att ställa högre krav än som anges i exempelvis riktlinjer och standarder. Karolinska Universitetssjukhuset har anfört att kravet är motiverat ur patientsäkerhetssynpunkt och i överensstämmelse med Strålsäkerhetsmyndighetens krav. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att kravet inte strider mot LOU på det sätt som bolaget har anfört. Scanflex har inte heller visat att kravet är konkurrensbegränsande eller strider mot likabehandlingsprincipen. Den upphandlande myndigheten saknar vidare möjlighet att bortse från ställda skallkrav.

I kravspecifikationen 7.1 anges följande.

Till utrustningen skall levereras Al- och Cu-metallfolier av storleken 100 x 100 mm² i följande antal och tjocklekar för fastställande av HVL:

- 2 x 0,05 mm Al renhet minst 99,99 %
- 10 x 0,1 mm Al renhet minst 99,99 %
- 5 x 1,0 mm Al renhet minst 99,99 %
- 10 x 0,1 mm Cu renhet minst 99,99 %
- 5 x 1,0 mm Cu renhet minst 99,99 %

Scanflex har anfört att krav 7.1 uppfylls inom ramen för anbudet och att detta hade framkommit vid en förhandling. Scanflex har vidare anfört att eftersom ingen av anbudsgivarna uppfyllde skallkraven borde en förhand-

ling även ha inletts med bolaget i enlighet med principerna om fri konkurrens och likabehandling.

Förutsättningar för ett förhandlat upphandlingsförfarande anges i 4 kap. 2 - 9 §§ LOU. Möjligheter till sådant förfarande utan annonsering behandlas i 4 kap. 5 och 6 §§ samma lag. Av 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det vid ett öppet förfarande inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. Vad som avses med lämpliga anbud framgår inte av förarbetena eller praxis. En grundförutsättning för övergång till ett förhandlat förfarande utan annonsering enligt 4 kap. 6 § LOU är att de anbud som lämnats vid det öppna förfarandet är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 4 kap 2 § första stycket 1 LOU. Ogiltighet enligt detta lagrum kan avse såväl mer formella krav som obligatoriska krav uppställda av den upphandlande myndigheten. En ytterligare förutsättning för övergång till förhandlat förfarande utan annonsering är att endast anbudsgivare bjuds in som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I doktrinen (se Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, s. 177) anges att med anbud som uppfyller de formella kraven avses bl.a. anbud som lämnats på det som varit föremål för upphandlingen. Vidare anges att den upphandlande myndigheten måste bjuda in samtliga leverantörer som uppfyller nämnda krav.


Scanflex har inte ifrågasatt övergången från öppet förfarande till förhandlat förfarande utan invänt mot att bolaget inte har fått delta i förhandlingen. I tilldelningsbeslutet anges att eftersom den andra anbudsgivaren var det enda bolaget som lämnat anbud på det som varit föremål för upphandlingen inleddes förhandling endast med dem. Karolinska Universitetssjukhuset

har i förvaltningsrätten anfört att det inte var möjligt att förhandla med Scanflex eftersom det skulle ha inneburit att de ursprungliga villkoren för kontraktet ändrades väsentligt.

Av utredningen framgår att ingen av anbudsgivarna uppfyllde samtliga skall-krav. Vid en övergång från öppet förfarande till förhandlat förfarande ska de grundläggande principer som bär upp LOU iakttas, såsom bl.a. lika-behandlingsprincipen. Att i en sådan situation särbehandla de anbudsgivare som kvalificerat sig i upphandlingen måste anses stå i strid med LOU. Den utrustning som Scanflex har erbjudit saknar emellertid den funktion som anges i 2.11 och som har utformats som ett skall-krav i kravspecifikationen. Scanflex har inte gjort gällande att det, i samband med en förhandling, har varit möjligt att uppfylla kravet. Även om den upphandlande myndigheten har behörighet att förhandla i ett förhandlat förfarande, är den dock alltid skyldig att se till att villkoren i kontraktshandlingarna, som den frivilligt har valt att göra tvingande, iakttas (se Förstainstansrättens dom i mål T-40/01 p. 76, Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG artikel 30 och 31). Karolinska Universitetssjukhuset har således vid ett förhandlat förfarande inte kunnat bortse från skall-kravet i 2.11. Det har därmed inte funnits förutsättningar att tilldela bolaget kontraktet. Förvaltningsrätten finner därför att Scanflex inte har visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av skälet att det inte medtagits vid en förhandling. Sammantaget finner förvaltningsrätten att förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU inte föreligger. Scanflexs ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Robert Johansson

Rådman

Theresa Winnberg Elliot 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU