

**LÄNSRÄTTEN I
SÖDERMANLANDS LÄN**

DOM
2008-07-11
Meddelad i
Nyköping

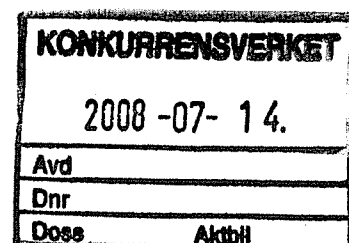
Mål nr
1272-08
Enhet 6

SÖKANDE

Autoklaver & Desinfektorer MediCal i Göteborg AB, 556544-0178
Fiskhamnsgatan 6 A
414 58 GÖTEBORG

Ombud:

1. Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 STOCKHOLM



2. Jur. kand. Kristian Pedersen
adress se ovan under 1

MOTPART

Landstinget Sörmland
611 88 NYKÖPING

SAKEN

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

Landstinget Sörmland (Landstinget) infortrade genom ett den 25 februari 2008 dagtecknat förfrågningsunderlag anbud på upphandling av vagndesinfektor till sterilcentralen vid Mälarsjukhuset i Eskilstuna med diarienummer LS-UPP08-014 och med sista anbudsdag den 2 april 2008. Under rubriken "Upphandlingsförfarande" (1.2) angavs följande. Förenklat förfarande enligt LOU. Upphandlingsformen innebär att upphandlingsbeslut får föregås av förhandlingar med anbudsgivare. Anbud kan komma att antas utan föregående upphandling. Under rubriken "Anbudets form och innehåll" (2.3) angavs bl.a. följande. Anbudet skall vara skriftligt, avfattat på svenska samt undertecknat av behörig företrädare hos anbudsgivaren. Bifogade svarsblanketter, bilaga U1:1, U1:2 och U2:1, skall fyllas i och undertecknas av anbudsgivaren samt bifogas till anbudet. Svarsblanketterna är en integrerad del av förfrågningsunderlaget i sin helhet och har företräde om anbudsgivaren lämnar motstridig information på annan plats i anbudet, t.ex. accepterar ett obligatoriskt krav i en svarsblankett och samtidigt tillför villkor i anbu-

Dok.Id 54440

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194 611 25 Nyköping	Folkungavägen 4	0155-20 04 50 E-post: lansrattenisodermanland@dom.se	0155-20 04 90	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

det som strider mot detta krav. I kravspecifikationen på svarsblankett U 2.1.16 angavs följande skall-krav. "Utrustningen skall vara förberedd och godkänd för logging till produktionsdatasystem T-DOC för programdokumentation."

Anbud lämnades av Autoklaver & Desinfektorer MediCal i Göteborg AB (bolaget) och Getinge Sverige AB (Getinge). Bolaget bekräftade i sitt anbud att dess produkt uppfyller skall-kravet avseende kompatibilitet med T-DOC samt angav att det enda som krävs för att en anslutning skulle kunna göras är att bolaget erhåller uppgift om det gränssnitt och den protokolltyp som Landstinget använder.

Landstinget antog genom tilldelningsbeslut den 29 april 2008 Getinge som leverantör. I tilldelningsbeslutet meddelade Landstinget att bolagets anbud inte uppfyllde kravet enligt 2.1.16 på svarsblanketten.

Bolaget yrkar att länsrätten skall förordna i första hand att upphandlingen skall rättas på så sätt att bolaget skall tilldelas kontraktet i upphandlingen och andra hand att upphandlingen skall göras om. Till stöd för ansökan anför bolaget bl.a. följande. Som grund för förstahandsyrkandet anføres att Landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen och därmed mot 1 kap. 9 § LOU genom att felaktigt bedöma att den av bolaget offererade produkten inte uppfyller ett av skall-kraven i förfrågningsunderlaget och detta trots att bolaget i sitt anbud bekräftat att produkten uppfyller det aktuella skall-kravet. Som grund för andrahandsyrkandet anføres att Landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen och därmed mot 1 kap. 9 § LOU genom att använda sig av ett skall-krav som är både diskriminerande och av tekniska skäl helt onödigt att ställa. Dessutom strider det aktuella skall-kravet till följd av en otillåten hänvisning till visst varumärke mot 15 kap. 7 § första stycket LOU jämförd med 6 kap. 4 § LOU. *Omständigheter. Den tidigare upphandling-*

en. Landstinget påbörjade under försommaren 2007 en upphandling av vagn desinfektor (dnr LS-UPP07-029). Bortsett från att denna upphandling genomfördes enligt den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, var handlingarna i denna upphandling i allt väsentligt utformade på samma sätt och omständigheterna i övrigt desamma som i upphandlingen. I den tidigare upphandlingen inkom bolaget och Getinge med anbud. Till bolagets förvåning meddelade dock Landstinget i en skrivelse den 21 december 2007 att upphandlingen hade avbrutits. Som skäl för avbrytandet uppgav Landstinget att dess hälso- och sjukvårdsnämnd, med undantag för vissa förbrukningsartiklar, beslutat om inköpsstopp från den 15 oktober 2007 och sex månader framåt. Bolaget, som fann det märkligt att Landstinget som införde inköpsstoppet redan den 15 oktober väntade till den 21 december, dvs. drygt två månader, med att avbryta upphandlingen, valde dock att inte ansöka om överprövning av avbrytandebeslutet för att istället inrikta sig på att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i den nya upphandling som omnämndes i Landstingets skrivelse. Med förvåning konstaterade bolaget dock att Landstinget redan den 25 februari 2008, dvs. innan det sex månader långa inköpsstoppet löpt ut, påbörjade upphandlingen. *Upphandlingen - genomförande, utvärderingsmodell, skall-krav m.m.* Landstinget inbjöd, i ett förfrågningsunderlag daterat den 25 februari 2008, leverantörer att lämna anbud i upphandlingen. Upphandlingen genomfördes med tillämpning av förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Av de administrativa föreskrifterna framgår att Landstinget skulle anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till de utvärderingskriterier som framgår av kravspecifikationen. Landstinget har i upphandlingen använt sig av en s.k. påslagsmodell för anbudsutvärdering, dvs. en modell enligt vilken anbudsgivarna om de får full poäng avseende ett kriterium inte erhåller något påslag på anbudspriset, medan om de inte får full poäng erhåller ett påslag på anbudspriset i förhållande till hur stor del av maximal poäng som inte erhöles. Påslaget för samtliga kriterier skulle därefter summeras för att resultera i resp. anbuds beräknade totalkostnad. Denna totalkostnad skulle sedan lig-

ga till grund för jämförelsen mellan anbud, varvid det anbud som erhållit det lägsta jämförelsevärdet skulle anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av kravspecifikationen, punkten 2.1.16, framgår följande skall-krav. "Utrustningen skall vara förberedd och godkänd för logging till produktionsdatasystem T-DOC för programdokumentation." I upphandlingen inkom, utöver bolaget, även Getinge med anbud. Bolaget bekräftade i sitt anbud att dess produkt uppfyller skall-kravet avseende kompatibilitet med T-DOC samt angav att det enda som krävs för att en anslutning skulle kunna göras är att bolaget erhåller uppgift om det gränssnitt och den protokolltyp som Landstinget använder. I upplysningar om tilldelningsbeslutet samt därtill hörande bilagor daterade den 29 april 2008 meddelade Landstinget att man beslutat att anta Getinges anbud samt att bolagets produkt bedömts brista i uppfyllelse av det ovan nämnda skall-kravet avseende kompatibilitet med T-DOC. Trots detta framgick av handlingarna att Landstinget ändå utvärderat bolagets anbud och att detta befunnits vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. *Landstingets överträdelser av LOU. Förstahandsyrkandet - Landstinget har felbedömt bolagets anbud.* Bolaget har i sitt anbud bekräftat att dess produkt uppfyller skall-kravet avseende kompatibilitet med T-DOC samt angivit att det enda som krävs för att en anslutning skall kunna göras är att bolaget erhåller uppgift om det gränssnitt och den protokolltyp som Landstinget använder (Upplysningsvis kan nämnas att dessa uppgifter i tekniskt hänseende kan jämföras med en s.k. drivrutin, dvs. den information som behövs för att t.ex. en skrivare skall kunna anslutas till en persondator). Den bekräftelse som bolaget lämnat i anbudet bygger på uppgifter som inhämtats från tillverkaren som meddelat att produkten kan anslutas till T-DOC dokumentationssystem. Bolaget vill också framhålla att bolaget vid ett möte med Landstinget (inom ramen för den första upphandlingen som Landstinget sedermera avbröt) den 18 september 2007 redogjorde för samt den 25 september 2007 skickade en skriftlig bekräftelse rörande detta och att Landstinget vare sig vid mötet eller efter att ha mottagit bekräftelsen funnit anledning att ifrågasätta bolagets uppgifter om produktens kompati-

bilitet med T-DOC. Bolaget anser mot denna bakgrund att det inte kan råda något tvivel om att dess produkt uppfyller det aktuella skall-kravet. Det måste också noteras att skall-kraven i princip är identiska i den första numera avbrutna upphandlingen och i upphandlingen. Om någon tvekan förelåg hade dessutom Landstinget kunnat kontakta bolaget för att begära ett förtydligande. Så har dock inte skett. Det är mot denna bakgrund uppenbart att Landstinget felaktigt har bedömt att den av bolaget offererade produkten inte uppfyller skall-kravet avseende kompatibilitet med T-DOC dokumentationssystem. Som nämnts ovan utgör denna felbedömning ett brott mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, vilket har medfört att bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Således föreligger skäl för länsrätten att förordna om rättelse i enlighet med bolagets förstahandsyrkande. *Andrahandsyrkandet - Landstingets skall-krav är diskriminerande och oproportionerligt.* Bolaget uppfattar den till tilldelningsbeslutet bifogade utvärderingen, punkten 2.1.16, så att Landstingets tolkning av det aktuella skall-kravet är att produkten, för att uppfylla det aktuella skall-kravet skall vara godkänd av den som utvecklat T-DOC, dvs. Getinge. För det fall Landstinget anser att detta är den korrekta tolkningen av skall-kravet vill bolaget framhålla att kravet i så fall är diskriminerande mot andra anbudsgivare än Getinge och därför strider mot likabehandlingsprincipen. Det framstår som uppenbart att ett krav som innebär att en anbudsgivare, för att kunna lämna anbud, först måste inhämta ett godkännande från en annan konkurrerande anbudsgivare leder till en påtaglig snedvridning av förutsättningarna för konkurrens på lika villkor. Enligt uppgift från Landstinget tar det dessutom tre till sex månader för Getinge att lämna ett sådant godkännande som avses i det aktuella skall-kravet, vilket i praktiken omöjliggör för andra leverantörer att delta i upphandlingen eftersom behovet av ett godkännande, genom förfrågningsunderlaget, kommer dessa till del först efter det att de skulle ha behövt ansöka om godkännande. Dessutom strider det aktuella skall-kravet mot 15 kap. 7 § första stycket LOU jämfört med 6 kap. 4 § LOU. Av dessa lagrum fram-

går att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas, men att sådana uppgifter och hänvisningar dock får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdigt". Genom kravspecifikationens hänvisning till "produktionsdata-system T-DOC för programdokumentation" har Landstinget hänvisat till ett visst varumärke på ett sätt som gynnat den som utvecklat detta system, dvs. Getinge. Det har inte framkommit något som talar för att en sådan hänvisning varit nödvändig för att det annars inte skulle ha varit möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt.

Dessutom är det ett obestriddigt faktum att hänvisningen till T-DOC inte har åtföljts av orden "eller likvärdigt". Som nämnts ovan innebär detta att det aktuella skall-kravet strider mot 15 kap. 7 § första stycket LOU jämfört med 6 kap. 4 § LOU, vilket fått till effekt att bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Därtill kommer att ett sådant krav på godkännande är helt onödigt och därför strider mot proportionalitetsprincipen, eftersom något sådant godkännande inte krävs för att en produkt, såsom bolagets, skall kunna anslutas till T-DOC. Det enda som krävs för att en sådan anslutning skall vara möjlig är, som nämnts ovan, att Landstinget lämnar uppgifter om gränssnitt och protokolltyp. Den tidigare tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling ("NOU") har i ett yttrande (dnr 2005/0088-29) bl.a. uttalat följande beträffande proportionalitetsprincipens tillämpning vid offentlig upphandling. "Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvide målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen

ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts skall genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, så tillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna skall tolkas i "funktionella termer", d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas." Med avseende på upphandlingen kan konstateras att Landstingets syfte med det aktuella skall-kravet varit att säkerställa kompatibilitet mellan den upphandlade produkten och det befintliga dokumenthanteringssystemet. Bolaget anser i och för sig att ett skallkrav på godkännande från den leverantör som utvecklat dokumenthanteringssystemet möjligen skulle kunna vara ett sätt att uppnå detta syfte. Bolaget menar dock att ett sådant krav på godkännande från den leverantör som utvecklat systemet går långt utöver vad som är nödvändigt för uppnå det eftersträvade syftet eftersom något sådant godkännande inte krävs för att en produkt, såsom bolagets, skall kunna anslutas till T-DOC. Det enda som krävs för att en sådan anslutning skall vara möjlig är, som nämnts ovan och som bolaget framhållit i sitt anbud, att Landstinget lämnar uppgifter om gränssnitt och protokolltyp. Det har med andra ord inte varit nödvändigt för Landstinget att uppställa det aktuella kravet på godkännande. Dessutom framstår ett krav på godkännande som det nu aktuella, med hänsyn till den

utestängande effekt det får för samtliga leverantörer, utom den leverantör som utvecklat dokumenthanteringssystemet, som klart oproportionerligt i förhållande till det eftersträvade syftet eftersom dess praktiska effekt är en påtaglig snedvridning av förutsättningarna för konkurrens på lika villkor i upphandlingen. Det aktuella skall-kravet strider således mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Kravet och dess tillämpning har medfört att bolagets anbud i strid med LOU har förkastats vilket har inneburit att bolaget har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Skäl föreligger därför för länsrätten att, i enlighet med bolagets andrahandsyrkande, förordna att upphandlingen skall göras om.

Länsrätten beslutade den 9 maj 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Landstinget bestrider ansökan och anför i ett till länsrätten den 2 juni 2008 inkommet yttrande bl.a. följande. Den bekräftelse från tillverkaren av Steelco LC80, som sökanden nu uppvisat och som anger att produkten kan anslutas till T-DOC, saknar värde. Den visar inte att det finns en fungerande drivrutin mellan T-DOC och Steelco LC80. Det aktuella dokumentet har för övrigt aldrig bifogats anbudet. Efter kontroll med leverantören av T-DOC, Getinge IT Solutions, om produkten uppfyllde kravet, svarade denne att det f.n. inte finns någon drivrutin för Steelco LC80. Det finns inte heller någon beställning på drivrutiner från sökanden till Getinge IT. Vid en beställning tar det normalt 3-6 månader innan drivrutinen är testad och klar att leverera. Landstinget har aldrig påstått att den aktuella utrustningen inte kan eller får anslutas till T-DOC. Däremot hävdar vi att den aktuella utrustningen ännu inte är anpassad till och har en godkänd drivrutin som fungerar med T-DOC. Detta framgår av sökandens egen reservation i anbudet samt uppgifter från Landstingets leverantör av befintligt system Getinge IT. Den aktuella situationen kan jämföras med att man har en dator (diskmaskinen) som

man vill koppla till en skrivare (T-DOC). Sladden mellan datorn och skrivaren finns med i leveransen och går att skruva fast i bägge ändar. Utskriften fungerar dock inte förrän drivrutinen är framtagen och installerad. Vi hävdar därför att produkten inte uppfyller kravet. – T-DOC är ett PC-baserat system som används av alla landsting för att dokumentera och kvalitetssäkra hanteringen av sterilgods i enlighet med Socialstyrelsens krav. Systemet ingår som en viktig och integrerad del i vårt kvalitetssäkring. Vagndesinfektorn kommer bl.a. att användas för rengöring av containrar för ortopediska operationsinstrument, vilket kräver en noggrann dokumentation av rengöringsprocessen. Kravet är därför befogat. T-DOC kan via interface anslutas till flertalet autoklaver och diskdesinfektorer på marknaden, dock ännu inte till Steelco LC80. Kravet är inte diskriminerande. En anbudsgivare måste kunna erbjuda en produkt som fungerar i Landstingets nuvarande systemmiljö. Landstinget noterar att sökanden i sitt första yrkande hävdar att man uppfyller det ställda kravet, samtidigt som man i sitt andra yrkande framhåller att kravet är diskriminerande, oproportionerligt och i princip omöjligt att uppfylla. Landstinget noterar också att sökanden påstår att hänvisningen till det befintliga produktionsdatasystemet T-DOC kan uppfattas som en otillåten hänvisning till aktuellt varumärke. Landstinget har aldrig krävt något visst varumärke utan endast att desinfektorn ska kunna fungera tillsammans med befintligt system. I stället har Landstinget följdriktigt angett vilket system Landstinget använder och vilket 'System den levererade produkten skall fungera tillsammans med. Det hela blir ännu mer obegripligt när sökanden påstår att vi måste ange formuleringen "eller likvärdigt". Landstingets system heter T-DOC och den produkt som vi anskaffar måste vara kompatibelt med detta system för att fungera. Formuleringen "eller likvärdigt" skall användas när en köpare inte på annat sätt kan beskriva den produkt man avser att anskaffa och inte när man som i detta fall lämnar en upplysning om med vilket befintligt system en produkt skall kunna fungera tillsammans med.

Bolaget anför i ett till länsrätten den 11 juni 2008 inkommet yttrande bl.a. följande. Landstinget förefaller ha missförstått bolagets ansökan om överprövning. Det finns inget motsägelsefullt i att bolaget i första hand gör gällande att kravet uppfyllts och i andra hand gör gällande att kravet är diskriminerande och oproportionerligt, eftersom det rör sig om alternativa grunder för alternativa yrkanden. Endast för det fall länsrätten, mot förmodan, skulle finna att bolagets anbud inte uppfyller det aktuella skall-kravet, gör bolaget i andra hand gällande att kravet, är diskriminerande och oproportionerligt samt strider mot 15 kap. 7 § första stycket LOU jämförd med 6 kap. 4 § LOU. *Bolaget har uppfyllt det aktuella skall-kravet.* Landstingets påstående om att någon utvärdering av anbuden inte gjorts är direkt felaktigt och bestrids därför. Av de handlingar som bifogats tilldelningsbeslutet framgår tydligt att Landstinget, trots den påstådda bristen i uppfyllelse av skallkraven, utvärderat bolagets anbud samt att detta befunnits vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det kan därför inte råda någon tvekan om att bolaget skulle ha antagits som leverantör om inte Landstinget, i strid med LOU, hade förkastat bolagets anbud. Det Landstinget anför om den av bolaget offererade utrustningen "ännu inte är anpassad till och har en godkänd drivrutin som fungerar med T-DOC" saknar vidare betydelse för bedömningen av huruvida bolagets produkt uppfyller det aktuella skallkravet. Det aktuella skall-kravet (se kravspecifikationen, punkten 2.1.16) innebär nämligen inget krav på att en drivrutin skulle vara framtagen redan då anbuden lämnades, utan endast att "utrustningen skall vara förberedd och godkänd för logging till produktionsdatasystem T-DOC för programdokumentation". Det Landstinget nu anför om att bolaget skulle ha behövt ta fram en drivrutin redan innan anbudslämnandet saknar således stöd i förfrågningsunderlaget och kan därför inte beaktas. Bolaget har i sitt anbud bekräftat att dess produkt uppfyller skall-kravet avseende kompatibilitet med T-DOC samt angivit att det enda som krävs för att en anslutning skall kunna göras är att bolaget erhåller uppgift om det gränssnitt och den protokolltyp som Landstinget använder, dvs. uppgifter som endast Landstinget har tillgång till.

Tillverkaren av den produkt som bolaget offererat bekräftar också att produkten kan anslutas till T-DOC. Att detta dokument inte bifogats anbudet saknar betydelse eftersom det i förfrågningsunderlaget inte fanns något krav på ingivande av bevis till styrkande av att det aktuella skall-kravet varit uppfyllt. Däremot visar uppgifterna från tillverkaren att produkten uppfyller det skall-krav som Landstinget uppställt. *Skall-kravet är diskriminerande och oproportionerligt.* Det Landstinget anför i yttrandet, att det tar tre till sex månader för Getinge att lämna ett sådant godkännande som avses i det aktuella skall-kravet, bekräftar det bolaget anført i sin ansökan, dvs. att det i praktiken är omöjligt för andra leverantörer än Getinge att delta i upphandlingen eftersom ett godkännande skulle komma dessa till del först efter det att anbudstiden har gått ut. Enkelt uttryckt är det, till följd av den anbudstid som Landstinget tillämpat, ingen annan anbudsgivare än Getinge som har kunnat uppfylla kravet. Det framstår därför som uppenbart att det aktuella skall-kravet är diskriminerande mot samtliga leverantörer utom Getinge. I övrigt hänvisar bolaget till vad som anförts i avsnitt 5.2 i ansökan om överprövning, dvs. i korthet att det aktuella kravet är oproportionerligt eftersom det går långt utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och för att det, med hänsyn till den utestängande effekt det får för samtliga leverantörer, utom Getinge, påtagligt snedvrider förutsättningarna för konkurrens på lika villkor i upphandlingen. – Bolaget vill emellertid även påpeka att Landstinget mycket väl hade kunnat minska den konkurrensfördel som Getinge fått i upphandlingen, och detta helt utan att ge avkall på de behov som Landstinget påtalat i yttrandet. Det hade nämligen varit fullt möjligt för Landstinget att tillämpa en längre anbudstid, dvs. en tid som varit så väl tilltagen att andra leverantörer än Getinge hade kunnat inhämta ett godkännande från Getinge. Bolaget vill i detta sammanhang också framhålla att anbudsgivare enligt 15 kap. 9 § LOU skall ges skälig tid att inkomma med anbud, vilket förutsätter en bedömning i förhållande till bl.a. den tid som anbudsgivarna behöver för att kunna upprätta konkurrenskraftiga anbud. Även av detta skäl, dvs. i kombination med den alltför snålt

tilltagna anbudstiden, framstår således det aktuella skall-kravet som oproportionerligt. *Otillåten hänvisning till visst varumärke*. Bolaget bestrider det Landstinget anför beträffande hänvisningen till visst varumärke och vidhåller att det aktuella skall-kravet strider mot 15 kap. 7 § första stycket LOU jämfört med 6 kap. 4 § LOU. Den tolkning Landstinget gör av dessa bestämmelser saknar stöd i ordalydelsen. Av de aktuella bestämmelserna framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas, men att sådana uppgifter och hänvisningar dock får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdigt". Huvudregeln är således att en hänvisning till visst varumärke överhuvudtaget inte får göras i de tekniska specifikationerna om det, som i förevarande fall, leder till missgynnande av vissa företag. En upphandlande myndighet är således som utgångspunkt skyldig att beskriva det som efterfrågas i konkurrens- och varumärkesneutrala termer. Endast undantagsvis, och endast om beskrivningen av det efterfrågade annars inte skulle bli tillräckligt precis eller begriplig, får en hänvisning till visst varumärke ske och då endast under förutsättning att den följs av orden "eller likvärdigt". Bestämmelserna avser således, till skillnad från vad Landstinget gör gällande, inte endast den situationen att en upphandlande myndighet inte klart kan beskriva det som efterfrågas. Istället utgör de en generell regel som förbjuder hänvisning till visst varumärke i samtliga fall då tekniska specifikationer utformas. Det är dock endast i det förstnämnda fallet som en hänvisning till visst varumärke får ske. I det fall som Landstinget beskriver får en sådan hänvisning med andra ord överhuvudtaget inte ske, och även om detta skulle ha varit tillåtet vilket bestrids skulle hänvisningen i vart fall ha följts av orden "eller likvärdigt". Genom kravspecifikationens hänvisning till "produktionsdatasystem T-DOC för programdokumentation" har Landstinget

hänvisat till ett visst varumärke på ett sätt som gynnat den som utvecklat detta system, dvs. Getinge. Det har inte framkommit något som talar för att en sådan hänvisning varit nödvändig för att det annars inte skulle ha varit möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Tvärtom har Landstinget i yttrandet självt påpekat att så inte varit fallet. Dessutom är det ett obestriddigt faktum att hänvisningen till T-DOC inte har åtföljts av orden "eller likvärdigt". Detta innebär att det aktuella skall-kravet strider mot 15 kap. 7 § första stycket LOU jämfört med 6 kap. 4 § LOU, vilket fått till effekt att bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall enligt samma bestämmelse vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 15 kap. 7 § första stycket LOU gäller bestämmelserna i 6 kap. 4 och 7 § § om uppgifter i de tekniska specifikationerna resp. miljömärken vid offentlig upphandling som avses i detta kapitel.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår följande. De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningsätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdigt".

Av 16 kap. 1 § LOU framgår följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Det som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte vid tilldelning av kontrakt som

1. avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4 om det har gjorts ett undantag från bestämmelsen med stöd av 15 kap. 22 §, eller
2. det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.

Under rubriken "Anbudets form och innehåll" (2.3) i förfrågningsunderlaget angav Landstinget bl.a. att bifogade svarsblanketter, bilaga U1:, U1:2 och U2:1, skall fyllas i och undertecknas av anbudsgivaren samt bifogas till anbudet samt att svarsblanketterna är en integrerad del av förfrågningsunderlaget i sin helhet och har företräde om anbudsgivare lämnar motstridig information på annan plats i anbudet, t.ex. accepterar ett obligatoriskt krav i en svarsblankett och samtidigt tillför villkor i anbudet som strider mot detta krav. I kravspecifikationen på svarsblankett U 2.1.16, angavs följande skallkrav. "Utrustningen skall vara förberedd och godkänd för logging till produktionsdatasystem T-DOC för programdokumentation." Anbud lämnades av bolaget och Getinge. Bolaget bekräftade i sitt anbud att dess produkt

uppfyller skall-kravet avseende kompatibilitet med T-DOC samt angav att det enda som krävs för att en anslutning skulle kunna göras är att bolaget erhåller uppgift om det gränssnitt och den protokolltyp som Landstinget använder. Landstinget antog genom tilldelningsbeslut den 29 april 2008 Getinge som leverantör. I tilldelningsbeslutet meddelade Landstinget att bolagets anbud inte uppfyllde kravet enligt 2.1.16.

Av utredningen i målet får anses framgå att bolagets anbud inte uppfyllde de i förfrågningsunderlaget angivna kvalifikationskraven för leverantör, eftersom bolagets utrustning inte var förberedd och godkänd för logging till produktionsdatasystem T-DOC för programdokumentation. Enligt uppgift av Landstinget har leverantören av T-DOC, Getinge IT Solutions, uppgett att det vid en beställning tar normalt 3-6 månader innan drivrutinen är testad och klar att leverera. De tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget får därför anses ha innehållit hänvisningar till varumärke som lett till att företag som varit tvungna att beställa drivrutin missgynnats genom att inte kunna uppfylla skall-kravet före den sista anbudsdagen den 2 april 2008. Förfrågningsunderlaget strider därför mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § första stycket LOU och Landstinget har åsidosatt bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU genom att inte behandla leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Grund för att länsrätten skall besluta att upphandlingen skall göras om får anses föreligga.

DOMSLUT

Länsrätten avgör målet slutligt och förordnar i enlighet med vad som anförts under domskälen att upphandlingen skall göras om.

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


Göran Gunnhagen
Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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