

**LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN**

DOM
2009-07-22
Meddelad i
Luleå

Mål nr 1131-09 E
Rotel 4

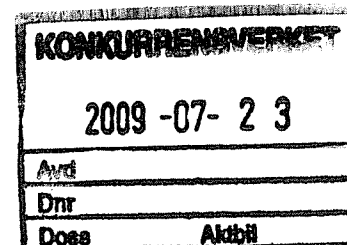
Föredragande: M. Pernu

SÖKANDE

Profdoc Lab AB, 556610-5564
Cirkelgatan 14
781 72 Borlänge

MOTPART

Norrbottnens Läns Landsting
Länsservice
Box 507
961 20 Boden



SAKEN

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

YRKANDEN M.M.

Norrbottnens läns landsting har genomfört upphandling avseende landstingsgemensamt labdatasystem "Laboratoriemedicinskt Informationssystem" kliniskt kemiska laboratorier och mikrobiologiska laboratoriet. Enligt tilldelningsbeslut daterat den 29 maj 2009 har kontraktet tilldelats Whitelake Software Point Oy.

I ansökan om överprövning yrkar Profdoc Lab AB i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen skall göras om. Profdoc Lab AB anför i huvudsak följande. Av landstingets förfrågningsunderlag framgår under punkten 2.10 att prövning av anbud kommer att ske i tre steg; kontroll av leverantören (steg 1), prövning av obligatoriska krav, skall-krav, (steg 2) och utvärdering av anbud (steg 3). Utvärdering av anbud i steg 3 kommer endast att ske av de anbud som uppfyllt såväl kvalificeringskraven (steg 1) som de obligatoriska kraven (steg 2). Under punkten 2.2 anges att skall-krav helst endast skall besvaras med uppfylls eller uppfylls inte. Under punkten 2.11 framgår att referenser skall lämnas på laboratorier i Sverige som använder an-

Dok.Id 57630

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90	0920-29 54 98	måndag – fredag
971 26 Luleå		E-post: lansratteninorrbotten@dom.se		09:00-12:00
		http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottnens_lan/		13:00-16:00

budsgivarens offererade labdatasystem. Referenserna skall lämnas i bilaga 1 U1 svarsformulär anbudsinbjudan. Whitelake Software Point Oy har i sitt anbud (svarsformulär) bilaga 1 U1 under punkten 2.11 inte uppgivit huruvida skall-kravet avseende studiebesök, referenser, är uppfyllt. Hänvisning har i stället skett till "U1 Bilaga Organisation och anbudets omfattning" pos 2.4, där det finns en sammanställning på upphandlingar som Whitelake Software Point Oy vunnit under de senaste tre åren. Referenser till laboratorier i Sverige som använder Whitelake Software Point Oy:s offererade labdatasystem saknas emellertid. De hänvisningar som avser Sverige gäller dels ett biobanksregister (SKL) och dels ett deltagande i ett projekt med flera EU-länder. Däremot uppfyller anbudet inte landstingets skall-krav att referenser skall lämnas på laboratorier i Sverige som använder det offererade labdatasystemet. Landstinget har i e-post den 1 juni 2009 meddelat att de beslutat att tilldela Whitelake Software Point Oy varukontraktet. Således utser landstinget Whitelake Software Point Oy till leverantör trots att deras anbud inte uppfyller det ställda skall-kravet om referenser. Att frångå ställda krav i förfrågningsunderlaget strider mot LOU och mot gemenskapsrättens principer om likabehandling och transparens. Den aktuella upphandlingen rör stora belopp. Profdoc Lab AB har på grund härav lidit skada eller kan komma att lida skada. Det finns inte något utrymme att tolka landstingets skall-krav avseende referenser på laboratorier i Sverige på det viset att referenser enbart skall lämnas om sådana finns. Skall-kravet i förfrågningsunderlaget är helt entydigt i "referenser skall lämnas på laboratorier i Sverige som använder anbudsgivarens offererade labdatasystem". Den som inte lämnar sådana referenser uppfyller därmed inte skall-kravet. Whitelake Software Point Oy har ostridigt inte lämnat sådana referenser. Att landstinget valt att inte göra något studiebesök på anläggning i Sverige – vilket för övrigt inte har varit möjligt såvitt avser Whitelake Software Point Oy – är irrelevant. Detta saknar även betydelse vid utvärderingen. Frågan är enbart huruvida anbudsgivarna uppfyllt ställda skall-krav eller inte. Skulle skall-kravet – såsom landstinget nu hävdar – strida mot princi-

perna om likabehandling och icke-diskriminering, skall upphandlingen likväl göras om på grund av att landstinget ställt otillåtna krav i sin upphandling. Detta kan ha påverkat såväl Profdoc Lab AB:s och övriga anbudsgivares val av offererat labdatasystem som andra potentiella anbudsgivare som på grund av skall-kravet möjligen valt att avstå från att lämna anbud. Kravet i 16 kap. LOU är att leverantören anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada. Det räcker således att Profdoc Lab AB kan komma att lida skada. Genom att Profdoc Lab AB är anbudsgivare och uppfyller skall-kravet kan Profdoc Lab AB ha lidit skada på grund av att landstinget felaktigt utvärderat anbudsgivare som inte uppfyller ställda skall-krav alternativt ställt ett otillåtet skall-krav. Det är i vart fall inte uteslutet att Profdoc Lab AB kan komma att lida skada på grund av landstingets felaktigheter. Landstinget har uttryckligen förklarat att Whitelake Software Point Oy inte lämnat begärda referenser i Sverige, men förklarat att det aktuella skall-kravet skall tolkas på så sätt att uppgift om referenser skulle lämnas samt att referenser i Sverige inte behövde finnas. Enligt landstinget uppfyllde Whitelake Software Point Oy därför det ställda skall-kravet. Landstinget delade då uppenbarligen Profdoc Lab AB:s uppfattning om att Whitelake Software Point Oy:s referenser till laboratorier i Sverige endast avsåg biobanksregister och projektdeltagande och inte ”laboratorier som använder det offererade labdatasystemet”. Landstinget har nu hänvisat till ett nytt förtydligande som inhämtats från Whitelake Software Point Oy och påstår att skall-kravet nu är uppfyllt även om skall-kravet skulle tolkas på det sätt som Profdoc Lab AB hävdar. Så är emellertid inte fallet. De av Whitelake Software Point Oy åberopade referenserna är oförändrade och dessa avser inte ”laboratorier i Sverige som använder det offererade labdatasystemet”. Det som upphandlas är ett komplett produktionssystem för klinisk kemi och mikrobiologi, dvs. ett processtöd från beställning till svar. Att Whitelake Software Point Oy nu förtydligar att referenserna är baserade på laboratorieinformationssystemet Sapphire LIMS är emellertid inte det som anges som skall-krav. Det är endast en upprepning av vad som

anges i Whitelake Software Point Oy:s anbud, dvs. att deras produkt är CLIMS som i sin tur baserar sig på den internationella plattformen Sapphire LIMS. Däremot inte att referenserna använder det offererade labdatasystemet CLIMS. Whitelake Software Point Oy har således inte bekräftat att deras referenser i Sverige använder det offererade labdatasystemet. Whitelake Software Point Oy:s anbud uppfyller därmed inte skall-kravet och skall inte utvärderas. För den händelse att länsrätten skulle finna att skall-kravet strider mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering vidhåller Profdoc Lab AB att upphandlingen skall göras om.

Landstinget motsätter sig ansökan om överprövning och anför följande.

Landstinget har inte åsidosatt bestämmelserna i LOU eller EG-direktiven om offentlig upphandling. Det föreligger därmed inte några skäl för rättelse eller att göra om upphandlingen. Ett av de viktigaste syftena med de EG-rättsliga upphandlingsdirektiven är att främja den fria rörligheten av varor och tjänster samt den fria etableringsrätten. Den offentliga upphandlingen skall präglas av proportionalitet, icke-diskriminering, förutsebarhet och transparens. Att ställa krav på geografisk närhet och regionala krav m.m. vid upphandlingar står i strid med de gemenskapsrättsliga principerna, vilket bl.a. framgår av EG-domstolens dom 243/89 (Store Baelt). Av domen framgår att föremålet för ett offentligt kontrakt inte får utformas så att målet eller resultatet blir att endast inhemska företag kan delta och anbudsgivare från andra länder stängs ute. Krav som ställs vid upphandling får inte heller gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Ställda krav måste ha ett naturligt samband och stå i rimlig proportion till det som skall upphandlas. I förfrågningsunderlaget punkt 2.10.1 (Utvärdering av likvärdiga anbud) anges följande. Om två eller fler anbud bedöms likvärdiga kommer visuell bedömning att göras vid studiebesök beträffande offererat systems uppfyllande av funktionalitet, utvecklingsbarhet och användarvänlighet enligt bör-krav. Detta kommer att bli utslagsgivande beträffande val av leverantör. Av förfrågningsunderlaget un-

der punkt 2.11 (Studiebesök) anges vidare bl.a. följande. Studiebesök för bedömning och utvärdering, kan vid behov, komma att ske vid laboratorier som är användare av Ert offererade system. Referenser på laboratorier i Sverige som använder sig av Ert offererade labdatasystem skall lämnas i bilaga 1 U1 svarsformulär anbudsintjudan. Denna mening skall tolkas som att referenser på laboratorier i Sverige skall lämnas (om sådana finns). Kravet på att lämna referenser i Sverige har endast en praktisk betydelse vid/inför ett eventuellt studiebesök. Avsikten med kravet på redovisning av referenser i Sverige var att undvika långa och dyra resor i samband med eventuella studiebesök. Det har dock aldrig varit landstingets avsikt att ställa ett absolut krav på att anbudsgivare skall ha referenser i Sverige och därmed utesluta anbudsgivare som levererat datasystem till andra länder. Ett sådant krav och förfarande strider mot LOU och dess grundläggande principer. Att tolka kravet på det sätt som Profdoc Lab AB gör gällande är således inte förenligt med likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering. I detta sammanhang kan hänvisas till en dom av Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 1885-07) där domstolen prövade huruvida ett ställt skall-krav var förenligt med LOU och gemenskapsrätten. Whitelake Software Point Oy har i sitt anbud lämnat referenser på användare som använder sig av deras offererade system (dock ej svenska) och har därmed uppfyllt kravet. Det krav som landstinget ställt i punkten 2.11 är att själva uppgiften om referenser skall lämnas, dvs. uppgiften skall redovisas, inte såsom Profdoc Lab AB påstår att referenser i Sverige skall finnas. Även om man som anbudsgivare t.ex. redovisar "finns ej" är kravet uppfyllt i och med att man faktiskt har redovisat uppgiften. I det aktuella målet har dessutom kravet på att lämna referenser inte haft någon betydelse vid utvärderingen av anbud och därmed på resultatet av upphandlingen. Något studiebesök hos lämnade referenser skulle enligt förfrågningsunderlaget endast ske om två eller flera anbud bedömdes likvärdiga, vilket inte var fallet i den nu aktuella upphandlingen. Det antagna anbudet var det klart ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån angivna utvärderingskriterier. Landstinget

har rätteligen antagit Whitelake Software Point Oy som leverantör och Profdoc Lab AB:s ansökan om överprövning skall därmed avslås. Profdoc Lab AB har inte på något sätt lidit skada eller kan komma att lida skada vilket är ett krav för att länsrätten skall besluta om åtgärder enligt 16 kap. LOU. För det fall länsrätten mot landstingets bestridande skulle finna att Whitelake Software Oy skulle uteslutas ur upphandlingen kommer inte Profdoc Lab AB att utses som vinnare/leverantör, då deras anbud har bedömts som nummer tre vid utvärderingen. Profdoc Lab AB:s ansökan om överprövning skall även på denna grund avslås. Antaget anbud från Whitelake Software Point Oy har således uppfyllt skall-kravet på att lämna referenser eftersom kravet är att redovisa uppgiften, dvs. lämna svar. Om skall-kravet skulle tolkas på det sätt som Profdoc Lab AB påstår gör landstinget gällande att ett upprätthållande av ett sådant krav skulle strida mot de EG-rättsliga grundprinciperna. Landstingets antagande av anbudet från Whitelake Software Point Oy är därför oavsett Profdoc Lab AB:s tolkning korrekt. Vidare har Whitelake Software Point Oy i sitt anbud lämnat ett antal referenser på relevanta större upphandlingar som bolaget har vunnit, varvid såväl utländska som svenska beställare finns omnämnda. Med anledning av den pågående överprövningen har landstinget även begärt ett förtydligande av Whitelake Software Point Oy angående dessa referenser, varvid bolaget har bekräftat att samtliga dessa angivna referenser avser laboratorieinformationssystemet Sapphire LIMS som är offererat till landstinget. Whitelake Software Point Oy har därmed uppfyllt skall-kravet även om kravet på referenser skall tolkas på det sätt som Profdoc Lab AB gjort gällande. Anledningen till att landstinget inte tidigare utrett/förtydligat kravet är att landstinget har en annan tolkning av skall-kravet samt att något studiebesök aldrig blivit aktuellt. Landstinget vidhåller även att kravet i punkten 2.11 är att själva uppgiften skall lämnas dvs. redovisas och inte att referenser skall lämnas. Det föreligger därför inte några skäl för åtgärder enligt LOU. Ansökan om överprövning skall därför avslås.

Länsrätten har den 9 juni 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Enligt tredje 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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten skall besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I punkten 2.2 i aktuellt förfrågningsunderlag anges att förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (skall-krav). Dessa är markerade med fetstil "skall". Förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa skall-krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på anbudsgivaren och anbudet som på efterfrågad

vara eller tjänst. Dessa skall-krav skall helst endast besvaras med ett "uppfylls" eller "uppfylls inte". Ett skall-krav som villkoras är att beteckna som ett skall-krav som inte uppfylls och därför kommer anbudet att förkastas. "Bör-krav" är inte obligatoriska men kan tillföra anbud mervärde som kommer att vägas in i samband med anbudsvärderingen. I anbudet skall framgå i vilken omfattning ställda "bör-krav" är uppfyllda.

I punkten 2.10 i förfrågningsunderlaget anføres att prövning och utvärdering av anbud sker i tre steg: 1. Kontroll av leverantören för eventuell uteslutning och/eller lämplighet enligt 11 kap. 7 och 11 § LOU, 2. Prövning av obligatoriska krav, skall-krav, 3. Utvärdering av anbud. I steg 3 utvärderas endast de anbud som uppfyllt såväl kvalificeringskraven (steg 1) som de obligatoriska kraven (steg 2).

I punkten 2.10.1 anføres att under förutsättning att inkomna anbud uppfyller punkterna 1 och 2 enligt ovan, kommer det anbud att antas som är det för landstinget mest fördelaktiga med hänsyn tagen till följande kriterier rangordnade i prioriteringsordning: 1. Uppfyllelse av funktionalitet, utvecklingsbarhet och användarvänlighet enligt bör-krav, 2. Lägsta prisvärde (Icc). Vad gäller utvärdering av likvärdiga anbud anføres följande. Om två eller fler anbud bedöms likvärdiga kommer visuell bedömning att göras vid studiebesök beträffande offererat systems uppfyllande av funktionalitet, utvecklingsbarhet och användarvänlighet enligt bör-krav. Detta kommer att bli utslagsgivande beträffande val av leverantör.

I punkten 2.11 i förfrågningsunderlaget avseende studiebesök anges följande. Studiebesök för bedömning och utvärdering kan, vid behov, komma att ske vid laboratorie som är användare av Ert offererade system. Referenser på laboratorier i Sverige som använder sig av Ert offererade labdatasystem skall lämnas i bilaga 1 U1 svarsformulär anbudsansökan.

Länsrättens bedömning.

Prövningen enligt LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU.

Profdoc Lab AB har anfört att det föreligger skäl för ett ingripande enligt LOU, då det vinnande anbudet inte uppfyllt det ställda skall-kravet avseende referenser i Sverige alternativt att detta krav på grund av dess utformning utgör ett otillåtet krav. Landstinget har däremot anfört att Whitelake Software Point Oy uppfyllt det aktuella skall-kravet genom att redovisa uppgiften om referenser samt att Profdoc Lab AB:s tolkning av skall-kravet strider mot LOU:s principer. Landstinget har vidare bedömt, med hänsyn till förtydligande uppgifter från Whitelake Software Point Oy, att det vinnande anbudet uppfyller det aktuella skall-kravet även med den tolkning som Profdoc Lab AB gjort gällande.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att s.k. ”skall-krav” får uppställas i förfrågningsunderlaget under förutsättning att kravet är relevant för upphandlingen och att tillämpningen i det enskilda fallet inte strider mot EG-rättsliga principer. De krav som ställs på leverantörer i en upphandling måste därmed ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas.

Det i målet aktuella skall-kravet har tolkas på olika sätt av Profdoc Lab AB respektive landstinget. Om man läser andra stycket i förfrågningsunderlagets punkt 2.11 helst fristående, dvs. enbart meningen att ”Referenser på laboratorier i Sverige som använder sig av Ert offererade labdatasystem skall lämnas i bilaga 1 U1 svarsformulär anbudsinbjudan”, finns det i och för sig visst fog för Profdoc Lab AB:s bokstavligen tolkning. Sett i sitt sammanhang och läst tillsammans med övrigt material i förfrågningsunder-

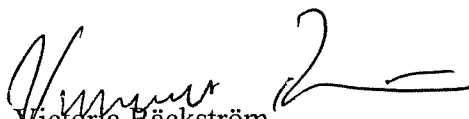
laget, och då i synnerhet vad som anges i rubriken och i övrigt i punkten 2.11, föreligger däremot - enligt länsrättens mening - även vid en rent språklig tolkning väsentligt större fog för den tolkning som landstinget förespråkat. Därtill kommer att Profdoc Lab AB:s tolkning av det uppgivna skall-kravet skulle vara oförenlig med de bakomliggande EG-rättsliga principerna för offentlig upphandling - bl.a. principen om likabehandling och icke-diskriminering - då det inte är möjligt att begränsa anbudsgivarna till sådana som redan har kunder i Sverige (jfr. därvid Kammarrätten i Sundsvalls dom den 4 oktober 2007 i mål 1885-07). Länsrätten anser därför att landstinget haft fog för sin tolkning av skall-kravet. I målet har inte framkommit annat än att Whitelake Software Point Oy:s anbud levt upp till skall-kravet enligt landstingets tillämpning, varför landstinget inte kan anses ha åsidosatt varken LOU eller de bakomliggande principerna genom att anta Whitelake Software Point Oy:s anbud. Det ovan anförda rörande tolkningen av skall-kravet innebär att länsrätten inte heller finner att kravet varit otillåtet eller så otydligt att det i sig skulle kunna föranleda ingripande enligt LOU. I målet har vidare inte framkommit att Profdoc Lab AB, genom landstingets tillämpning av skall-kravet, har lidit eller ens kunnat komma att lida skada. Länsrätten anser därför att det inte framkommit skäl att vidta några åtgärder enligt LOU, varför ansökan om överprövning skall lämnas utan bifall.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Profdoc Lab AB:s ansökan om överprövning.

Länsrättens interimistiska beslut den 9 juni 2009 skall inte längre gälla.

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


Victoria Bäckström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 var till 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.