



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-01-29
Meddelad i Jönköping

Mål nr
4445-17

SÖKANDE

Beckman Coulter AB, 556102-8027
Box 11156
161 11 Bromma

Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

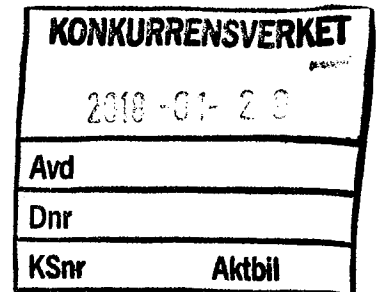
MOTPART

Regionen Jönköpings län, Upphandlingsenheten
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Björn Lind och biträdande juristen Evelina Stein
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 september 2017 gäller inte längre.

BAKGRUND

Regionen Jönköpings län (regionen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som i huvudsak gäller ramavtal för leverans av varor i form av utrustning för allmänkemi, protein och droganalys med tillhörande reagenser till sjukhuslaboratorierna inom regionen (refnr: RJL 2017/490). Något tilldel-

Dok.Id 250625

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

ningsbeslut har ännu inte fattats. Beckman Coulter AB (bolaget) har ansökt om överprövning.

Förvaltningsrätten har i interimistiskt beslut den 15 september 2017 förordnat att regionen inte får ingå avtal avseende den i målet aktuella upphandlingen innan något annat har bestämts.

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsföremålet m.m.

Laboratoriemedicin är en del inom regionen. I laboratoriemedicin ingår disciplinerna klinisk kemi, mikrobiologi, transfusionsmedicin och klinisk patologi/cytologi. Verksamheten omfattar laboratorieservice på regionens tre sjukhus och på 21 vårdcentraler. I dagsläget finns två stycken Advia 1800 som är anslutna till Aptio automationsbana på Kemilaboratoriet i Jönköping. På laboratorierna i Eksjö och Värnamo finns två stycken Advia 1200/laboratorium. Upphandlingen avser utrustning för allmänkemi, protein- och droganalys med tillhörande reagenser till sjukhuslaboratorierna i regionen. Utrustningen ska bidra till en effektiv och kundorienterad laboratorieprocess med fokus på korta och stabila svarstider, minskad manuell hantering på laboratorierna och hög patientsäkerhet. Utrustningen kommer att användas dygnet runt. Utrustningen ska installeras i befintliga lokaler utan om- eller tillbyggnad. Målsättningen är att reducera driftskostnaden jämfört med nuvarande nivå. Beräknat värde för upphandlingen är sex milj. kr; observera dock att detta värde endast avser utrustning. Avtal ska lämnas för samtliga efterfrågade produkter/utrustningen. Avtal kommer att tecknas med en leverantör. Avsedd avtalsperiod är fyra år, med möjlighet till maximalt 24 månaders förlängning.

Anbudens innehåll och utformning

Hela upphandlingen genomförs på svenska, med undantag för bilagor som även accepteras på engelska. Anbudet ska utformas helt i enlighet med upphandlingsdokumenten och lämnas elektroniskt. Reservationer accepteras inte. Svar i upphandlingsdokumenten ska gälla före eventuella motstridiga uppgifter i bifogade bilagor.

Anbudsprövningen

Vid punkten ”4.2 Anslutning automationsbana Länssjukhuset Ryhov” föreskrivs följande. I anbud ska ingå anslutning av instrumenten till befintlig automationsbana APTIO. Regionen har fått offerter för kostnaden vilka biläggs upphandlingsdokumenten. Det är anbudsgivarens ansvar att avtala om anslutning med Siemens Healthineers (APTIO) utifrån de presenterade kostnaderna eller efter egen förhandling. I anslutning till föreskrifterna ställs följande fråga ”Ingår kostnader för anslutning/installation till automationsbana vid Laboratoriet Länssjukhuset Ryhov (Ja/Nej svar)”.

Efter utförd anbudsprövning kommer det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet att antas.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Regionen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Utformningen och tillämpningen av punkten 4.2 i upphandlingsdokumenten och de däri nämnda offerterna medför att leverantören Siemens gynnas på bekostnad av övriga potentiella anbudsgivare i upphandlingen. Det finns inte sakligt godtagbara skäl för denna favorisering och Siemens gynnas på ett otillbörligt sätt. Utformningen och tillämpningen av punkten 4.2 i upphandlingsdokumenten och de däri nämnda offerterna går även utöver vad som är nödvändigt och medför en oproportionerlig negativ effekt. Regionen har därmed brutit mot principerna om likabehandling och proportionalitet i 4 kap. 1 § LOU. Bolaget kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Utveckling av ansökan

Det är riktigt att de instrument som upphandlingen avser måste kunna anslutas till regionens befintliga automationsbana, vilket medför att krav på kompatibilitet måste ställas. Det ifrågasätts inte heller att detta kräver att automationsbanan modifieras och att en sådan modifiering medför en viss kostnad. Vad bolaget ifrågasätter är det sätt på vilket regionen ställt upp krav i upphandlingen för att hantera frågorna om kompatibilitet, modifiering och kostnader.

Regionen har ställt krav på att kostnaden för anslutning till automationsbanan vid Länssjukhuset Ryhov ska ingå i anbudet och att anbudsgivaren ska ingå avtal med Siemens om anslutning till automationsbanan. Det finns ingen särskild prispost för denna kostnad i upphandlingens prisbilaga. Eftersom det är anbudsgivaren som ska stå för kostnaden måste denne kompensera sig för denna kostnad vid prissättning av utrustning, förbrukningsartiklar, reagenser m.m. som ska prissättas i prisbilagan. Den automationsbana som

finns på Länssjukhuset Ryhov, till vilken det krävs att instrumenten som offereras i upphandlingen ska anslutas, har levererats till regionen av Siemens. Automationsbanan ägs i dagsläget av regionen. Siemens är befintlig leverantör till regionen avseende sådana instrument och reagenser som upphandlingen omfattar.

De i upphandlingsdokumenten nämnda offerterna består av fyra olika offerter från Siemens avseende modifiering av befintlig automationsbana för att kunna ersätta befintliga kemiinstrument med det aktuella instrument som avses i resp. offert. Siemens offererar följande totalpriser för anslutning av ett instrument från leverantörerna Abbott, Siemens, Beckman och Roche (totalt ska två av de instrument som offereras i det anbud som antas i upphandlingen anslutas till automationsbanan):

Abbott: 1 927 400 kr
Siemens: 782 916 kr
Bolaget: 2 984 962 kr
Roche: 2 981 030 kr

Den kostnad som Siemens ska stå för avseende anslutning till automationsbanan vid Länssjukhuset Ryhov är drygt 4,4 milj. kr lägre än bolagets kostnad. Därvid bör beaktas att beräknat värde för utrustningen i upphandlingen är sex milj. kr. Vidare är det visserligen riktigt att anbudsgivarna har haft möjlighet att själva förhandla med Siemens. Det framstår dock som uppenbart att Siemens inte har haft något som helst incitament att sänka de priser för modifiering av automationsbanan som framgår av de ovan nämnda offerterna. Detta eftersom Siemens – i egenskap av potentiell anbudsgivare i upphandlingen – har en betydande konkurrens fördel gentemot övriga potentiella anbudsgivare. Siemens tar ingen som helst risk genom att vidhålla det pris som angivits i respektive offert, eftersom det är ett krav i upphandlingen att anbudsgivarna avtalar med just Siemens om anslutning till automationsbanan.

Regionen

Inställning

Regionen har uppställt ett krav på kompatibilitet med befintlig utrustning, vilket ostridigt är förenligt med LOU. Kravet medför såväl kostnader som – utifrån vad regionen fått besked om – behov av anslutningsavtal. Att sådana förutsättningar ska belasta leverantörerna är både vedertaget och i fullständig överensstämmelse med LOU.

Utveckling av regionens inställning

Regionen har ställt krav på att det i anbuden ska ingå anslutning av instrumenten till befintlig automationsbana APTIO (Siemens Healthineers). Bakgrunden till det aktuella kravet är att regionen sedan tidigare upphandlat ett system för automatisering (APTIO). Systemet finns installerat och är i drift. Syftet med upphandlingen är att byta ut eller lägga till ytterligare utrustning motsvarande den som regionen har idag och som är ansluten till automationsbanan. Målet är att kunna erbjuda en effektivare och mer kundorienterad laboratorieprocess med fokus på korta och stabila svarstider, minskad manuell hantering och hög patientsäkerhet. För att det ska vara möjligt att byta ut eller lägga till utrustning till automationsbanan APTIO krävs modifiering av densamma. Behovet av modifiering (och därmed sammanhängande kostnad) varierar naturligtvis beroende på vilken utrustning som offereras. Att olika utrustningar/utrustningskombinationer har varierande möjlighet att ansluta till ett befintligt system är naturligt och inget som regionen kan eller ska bortse ifrån.

I syfte att stärka öppenheten i upphandlingen och ge alla leverantörer lika möjlighet att kalkylera sitt anbudspris har regionen begärt kostnadsförslag av systemleverantören Siemens och bifogat dessa till upphandlingsdokumenten. Det har dock särskilt understrukits att anbudsgivarna naturligtvis

har möjlighet att själva förhandla eller på annat sätt komma överens om anslutning till APTIO i syfte att åstadkomma bästa möjliga anbud.

Av vad regionen erfarit krävs det ett avtal mellan tillverkaren av automationsbanan och andra leverantörer av kompletterande utrustning, där parterna tillåter att utrustningarna används tillsammans och där även en reglering av ansvarsfördelning hanteras. Med kravet på kompatibilitet följer inte endast ett krav på för anpassningen nödvändig utrustning, utan även att kompatibel utrustning kan användas på ett juridiskt bindande och korrekt sätt. Regionen har en skyldighet att medge möjlighet till anpassningar för att tillgodose de krav som följer av likabehandlingsprincipen. Sådana anpassningar kan dock kräva anslutningsavtal, vilket regionen inte kan bortse från. Att regionen anger denna förutsättning i upphandlingsdokumenten är inte ett brott mot LOU.

Det är visserligen så att det är Inpeco som är tillverkare av automationsbanan, men Inpeco har tillverkat denna åt Siemens. Inpeco har således inte någon rätt till automationsbanan utan denna omfattas av Siemens varumärke Aptio. I ett anslutningsavtal är det således Siemens som av nödvändighet måste vara en av parterna. Inpeco har ingen rätt att ingå något avtal avseende automationsbanan med andra leverantörer. Om en anpassning av utrustning från en annan tillverkare ska vara möjlig krävs juridiska överenskommelser med Siemens som part.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genom-

föras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

I 4 kap. 10 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 16 kap. Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§.

Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

Enligt 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om nedan angivna föreskrifter strider mot LOU:

Vid punkten ”4.2 Anslutning automationsbana Länssjukhuset Ryhov” föreskrivs att anbud ska ingå anslutning av instrumenten till befintlig automationsbana APTIO. Regionen har fått offerter för kostnaden vilka biläggs upphandlingsdokumenten. Det är anbudsgivarens ansvar att avtala om anslutning med Siemens Healthineers (APTIO) utifrån de presenterade kostnaderna eller efter egen förhandling. I anslutning till föreskrifterna ställs följande fråga ”Ingår kostnader för anslutning/installation till automationsbana vid Laboratoriet Länssjukhuset Ryhov (Ja/Nej svar)”.

Om så befinns vara fallet ska förvaltningsrätten pröva om detta medför att bolaget kan komma lida skada i LOU:s mening.

Likabehandlingsprincipen

De aktuella föreskrifterna innebär bl.a. att upphandlad utrustning ska kunna användas tillsammans med befintlig utrustning och att anbudsgivaren ska svara för kostnaden för att åstadkomma detta. Siemens har i egenskap av leverantör av den befintliga utrustningen en fördel som potentiell leverantör. Den första delfrågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om detta strider mot likabehandlingsprincipen. Därvid framstår det i och för sig som sannolikt att det är enklare och därmed billigare att få ny utrustning från samma leverantör som levererat den befintliga utrustningen att fungera tillsammans. Regionen har dock som upphandlande myndighet i princip inte

någon skyldighet att ta på sig merarbete eller merkostnader för att neutralisera en sådan konkurrensfördel (se Kammarrätten i Stockholms dom den 28 april 2015 i mål nr 5995-14). Vad gäller det förhållandet som kommer av att anbudsgivare, som offererar ett annat fabrikat än Siemens, förväntas teckna avtal med Siemens, så behandlas detta i samband med bedömningen gentemot de krav som följer av proportionalitetsprincipen (se nästföljande stycke). Kravet på att upphandlad utrustning ska fungera tillsammans med befintlig utrustning och att detta ska åstadkommas utan att merkostnader uppstår på grund av att den upphandlade utrustningen är av ett annat fabrikat än den befintliga är sakligt motiverat och inte ägnat att otillbörligt gynna eller missgynna viss leverantör. De omständigheter som bolaget åberopar innebär därför inte att det är sannolikt att de aktuella föreskrifterna strider mot likabehandlingsprincipen.

Proportionalitetsprincipen

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att föreskrifterna får anses ägnade att tillgodose målet att den upphandlade utrustningen ska kunna fungera tillsammans med den befintliga. Vad gäller frågan om ändamålet kan uppnås genom mindre ingripande krav är denna fråga bl.a. avhängig om det är nödvändigt att Siemens medverkar aktivt till detta, i första hand som part i ett anslutningsavtal. Även med beaktande av vad bolaget anför finner förvaltningsrätten att regionen förmått göra detta sannolikt. Det har således inte funnits något mindre ingripande alternativ för att uppnå ändamålet. Slutligen är frågan om föreskrifterna leder till alltför betungade effekter för enskild. Så skulle kunna vara fallet om föreskrifterna leder till att endast en leverantör lämnar anbud samtidigt som den upphandlande myndigheten hade kunnat undvika detta genom obetydliga eller marginella insatser (se Kammarrätten i Stockholms dom den 22 oktober 2014 i mål nr 3560-14). I förevarande mål är det inte känt om Siemens är ensam anbudsgivare eller inte. Detta oaktat så krävs i detta mål, såvitt framkommit med ledning av vad som framkommit främst genom de till upphandlingsdokumenten bifo-

gade offerterna, att regionen tar på sig merkostnader som uppgår till miljonbelopp. Möjligen skulle regionen kunna välja att inte beakta merkostnaden vid anbudsprövningens utvärderingsdel. Vad gäller alternativet att regionen skulle ta på sig kostnaderna så kan detta inte anses vara en obetydlig eller marginell insats. Vad gäller alternativet att regionen inte skulle beakta merkostnaden vid anbudsprövningens utvärderingsalternativ framstår inte detta som ett lämpligt eller realistiskt alternativ. För det första måste det beaktas att den aktuella kostnaden är hänförlig till avtalets huvudprestation och inte till en offererad option. För det andra finns det en uppenbar risk att utvärderingen av anbudspriserna blir missvisande om vissa prisposter inte beaktas. För det tredje framstår det inte som klart att den nu aktuella kostnaden är försumbar i förhållande till övriga prisposter i anbudet och att det av den anledningen inte skulle påverka anbudsprövningens utgång om kostnaden lämnades utan avseende. Sammantaget kan de aktuella föreskrifterna i upphandlingsdokumenten inte anses onödigt betungande för enskild och därmed är de inte heller oproportionerliga.

Sammanfattande bedömning

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att regionen brutit mot LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Kjell Hammarborg

Rådmannen Kjell Hammarborg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

