



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-09-22
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 16666-11
 Enhet 17

SÖKANDE

Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB, 556559-6151
 Fjärde Bassängvägen 15
 115 83 Stockholm

Ombud: Alexander Tham
 Samma adress som ovan

MOTPART

Stockholms läns landsting
 Upphandlingsenheten
 Box 22550
 104 22 Stockholm

Ombud: Advokat Roger Hagman
 Advokatfirman Roger Hagman AB
 Box 3460
 103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2011-09-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 161383

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		

BAKGRUND

Genom ett upphandlingsförfarande som utmynnade i ett avtal 1996 köpte dåvarande Huddinge sjukhus ett elektroniskt remiss- och svarssystem från bolaget Omnison AB. Ett nytt uppföljande avtal slöts mellan parterna 1998 och enligt ett senare avtal 2002 övertogs Omnison AB:s rättigheter och skyldigheter enligt 1998 års avtal av Omnison AB:s moderbolag Profdoc Care AB, varvid 1998 års avtal upphörde att gälla. Avtalet från 2002 mellan Huddinge sjukhus och Profdoc Care AB följde med till det nybildade Karolinska Universitetssjukhuset och förlängdes i juni 2005.

Lorensbergs Communication AB ansökte om överprövning av avtalet som slöts i juni 2005. Länsrätten i Stockholms län biföll ansökan och förordnade att upphandlingen skulle göras om (mål nr 25824-07). Kammarrätten i Stockholm upphävde länsrättens dom och visade målet åter till länsrätten för ny prövning (mål nr 2075-08). Därefter biföll länsrätten ansökan och förordnade att upphandlingen skulle göras om (mål nr 14710-08). Stockholms läns sjukvårdsområde överklagade domen till kammarrätten, som avslog överklagandet (mål nr 6784-09). Kammarrätten bedömde att 2005 års avtal var ett nytt avtal och en ny upphandling och att det således var fråga om otillåten direktupphandling.

Stockholms läns landsting (landstinget) genomför nu en upphandling av underhåll och support till patientjournalssystemet Take Care, dnr LS1106-0901. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Landstinget har ännu inte fattat något tilldelningsbeslut. Sista dag för inlämnande av anbud var den 25 augusti 2011.

YRKANDEN M.M.

Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB (Tieto) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska

göras om och i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan landstinget frånfallit eller ändrat de anbudskrav som strider mot likabehandlingsprincipen.

Tieto anför sammanfattningsvis följande till stöd för sin ansökan. Landstinget bryter mot LOU genom att inte behandla potentiella leverantörer på ett likvärdigt sätt. Villkoren i upphandlingen gynnar befintlig systemleverantör och utesluter andra potentiella leverantörer, däribland Tieto, på ett otillbörligt och diskriminerande sätt och riskerar därmed att orsaka skada.

Av punkt 1 i kravspecifikationen framgår att anbudet ska omfatta bl.a. tillhandahållande av support och underhåll respektive uppgraderingar och nya programmoduler av Take Care. Det ställs dessutom krav på att Karolinska ska ha möjlighet att påverka utvecklingen av systemet över tiden. Av punkterna i 2.1 ff. i samma dokument framgår att det föregående utgör så kallade skall-krav. Vidare ställer upphandlingsunderlaget krav på att leverantören ska dels tillse CE-märkning av Take Care-systemet, dels ge Karolinska fri tillgång till framtida och befintliga funktioner i Take Care-systemet samt dels tillse att källkoden till Take Care-systemet överlämnas till Karolinska.

Det torde vara ostridigt att en förutsättning för att utföra löpande underhåll, felrättningar, justeringar och utveckling av nya moduler i och till ett mjukvarusystem är att man har tillgång till källkoden för systemet. Att därutöver kräva CE-märkning av systemet respektive överlåtelse och licensering av källkoden till Karolinska förutsätter att leverantören är ägare (eller därmed likställd) till själva mjukvaruapplikationen. Det torde vara lika ostridigt att den enda potentiella leverantör som har tillgång till källkoden till Take Care-systemet är befintlig leverantör, tillika systemägaren Profdoc Care AB. Så länge det föreligger krav i upphandlingen som förutsätter fri tillgång till och ägande av källkoden så gynnas systemägaren otillbörligen i

upphandlingen och utesluter i praktiken varje annan leverantör av de efterfrågade tjänsterna, i strid med likabehandlingsprincipen.

Det finns inget som säger att den som har upphovsrätten till viss mjukvaruapplikation är den som är bäst skickad att ge det mest konkurrenskraftiga erbjudandet när det gäller support och underhåll av samma applikation. Tvärtom finns det anledning att tro att lagstiftningens konkurrensfrämjande syften faller om man tillåter befintliga leverantörer att monopolisera alla accessoriska tjänster. Om varje möjlighet att leverera en kringtjänst var beroende av produktägandet, skulle det saknas anledning att över huvud taget gå ut i offentlig upphandling för sådana tjänster, vilket rimligen inte kan vara i enlighet med LOU:s intentioner. Det åligger enligt Tietos mening den upphandlande myndigheten att tillse att de tjänster som upphandlingen tar sikte på utformas på så sätt att befintlig leverantör inte kan förhindra ett leverantörsbyte genom sin upphovsrätt.

Av kammarrättens dom (mål nr 6784-09) framgår att Take Care-systemet inte hade upphandlats i enlighet med LOU. Tieto kan inte se att den nu aktuella upphandlingen, som dessutom inte innefattar själva vårdsystemet, skulle råda bot på tidigare brott mot upphandlingsreglerna, allra minst i den diskriminerande utformning som är föremål för denna överprövning.

Även om man skulle finna att nyttjanderätten regleras av ett tidigare avtal, som inte kan överprövas, så kan inte Tieto se att det skulle upphäva skyldigheten för landstinget att beakta likabehandlingsprincipen i nu aktuell upphandling. Om landstingets argumentation godtas, skulle det innebära att det saknas anledning att någonsin tillämpa LOU på upphandlingar som har koppling till Take Care-systemet. Det kan väl knappast ha varit lagstiftarens intention och det var inte kammarrättens bedömning.

Traditionell upphandling av IT-system innefattar typiskt sett såväl licens (nyttjanderätt) som support- och underhållstjänster, i ett paket. Eftersom support och underhåll är så intimt kopplade till möjligheten att nyttja systemet, hade det rimliga varit att landstinget gått ut i en upphandling av ett nytt journalsystem i stället för endast support- och underhållstjänster. I så fall hade tillgången till källkoden inte varit en fråga. Härutöver borde det enligt Tietos mening ha funnits möjligheter att på andra sätt utforma förfrågningsunderlaget så att det inte uteslöt andra leverantörer än den befintliga, exempelvis genom att tillåta anbud på delar av de efterfrågade tjänsterna eller tillse att källkoden fanns tillgänglig för andra, allt för att utnyttja konkurrensen på marknaden.

Tieto vill även peka på att upphandlingen innebär en potentiell förlängning av befintlig avtalsrelation i ytterligare åtta år, något som i sig knappast kan anses affärsmässigt på en så dynamisk marknad som den för IT-applikationer. Att ge grönt ljus till upphandlingen innebär att kammarrättsdomen förlorar all praktisk betydelse, då 2005 års avtal i praktiken därmed inte behöver konkurrensutsättas under det närmaste decenniet – och detta för ett system som aldrig har konkurrensutsatts. Nämnade krav på åtta års avtalstid rimmar därtill illa med landstingets påstående om att det pågår ett förberedande arbete avseende upphandling av ett nytt journalsystem. Enligt Tietos mening står det i strid med LOU att avtalsparterna ger sig själva en möjlighet att förlänga avtalsrelationen bortom produktens livslängd eller i vart fall bortom vad som är rimligt med hänsyn till produktmarknadens utveckling och dessutom i strid med en fastställd dom.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför sammanfattningsvis följande. Den nu aktuella upphandlingen avser köp genom en annonserad öppen upphandling av service och support innefattande CE-märkning av produkten. Skälet är att nuvarande avtal för service och support går ut, varför Karolinska Universitetssjukhuset med upphandlingen vill säkra fortsatt

tillgång till produkten. Någon möjlighet att byta ut produkten föreligger inte i nuläget. Däremot pågår ett nödvändigt förberedelsearbete för att upphandla ett nytt journalsystem. Ett arbete, inklusive det omfattande förberedande arbetet, som beräknas ta många år innan slutligt avtal kan tecknas. Enligt landstingets mening kan landstinget inte med stöd av LOU och de principer som LOU vilar på föreläggas att byta ut en produkt som landstinget innehar enligt ett avtal som inte överprövats av domstol.

Som framgår av kammarrättens domar har 2002 års avtal inte överprövats och det kan inte heller längre överprövas. Landstinget har en i tiden obegränsad nyttjanderätt till journalsystemet med de förutsättningar och inskränkningar som framgår av avtalet, bl.a. begränsningar i möjlighet att nyttja källkoden och begränsningar vad gäller de immateriella rättigheterna. Kammarrättens dom avser inte 2002 års avtal utan Stockholms läns sjukvårdsområdes användning av systemet. Nu aktuell upphandling – som dessutom är en öppen upphandling som har annonserats – avser således inte systemet (produkten) utan endast service och support av detsamma. Landstingets behov för dagen är att säkerställa produktens dagliga drift genom service och support av systemet. De villkor som landstinget ställt upp i upphandlingen och som Tieto pekat på är i sig inte vare sig anmärkningsvärda eller i strid med LOU. Vad Tieto istället synes hävda är att landstinget 2002 borde ha utformat avtalsvillkoren annorlunda. Den uppfattningen delar inte landstinget.

Det som utgör ett problem från konkurrenssynpunkt är att den som avser att lämna anbud i upphandlingen måste ha tillgång till källkoden och vissa immateriella rättigheter för att kunna utföra efterfrågat åtagande, vilket i sin tur kräver att leverantören träffar ett särskilt avtal med rättighetsinnehavaren. Mycket talar således för att endast en leverantör kan komma att lämna anbud. Nämnade omständigheter behöver dock inte stå i strid med LOU. Situationer kan uppkomma då endast någon eller några företag kan

lämna anbud. Så är fallet i nu aktuell upphandling i och med att Profdoc Care AB innehar källkoden och de immateriella rättigheterna. Sådana villkor är emellertid inte ovanliga i upphandlingar av datasystem och särskilt inte i äldre avtal.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Av 16 kap. 5 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Utredningen i målet

Av Kravspecifikation – support och underhåll av patientjournalssystem

Take Care punkt 1 *Omfattning* framgår bl.a. följande. Leverantören ska tillhandahålla support och underhåll av systemet, utan extra kostnad ge Karolinska tillgång till uppgraderingar och nya programmoduler och låta Karolinska påverka utvecklingen av uppgraderingar och nya programmoduler.

Av punkt 2.1 *Leverantörens åtaganden - Support och underhåll* framgår bl.a. följande krav: Leverantören åtar sig att under avtalets löptid tillhandahålla support och underhåll av systemet i enlighet med vad som anges nedan. Åtagandet innebär en skyldighet att: löpande tillhandahålla och installera nya versioner av systemet, tillhandahålla underhåll av systemet i form av

felrättningar, tillhandahålla kvalificerad telefonsupport vardagar 8-18 och meddela Karolinska fel i systemet som identifierats av leverantören eller av annan kund än Karolinska.

Av punkt 2.2 *Nya uppgraderingar* framgår bl.a. följande krav.

Krav 1: Leverantören ska löpande genomföra vidareutveckling av systemet i enlighet med Karolinskas och marknadens krav. Med vidareutveckling avses justeringar, tillägg och uppgraderingar i syfte att förbättra funktionalitet och prestanda inklusive de krav som vid var tid gäller enligt hälso- och sjukvårdslagstiftning och övrig lagstiftning som Karolinskas verksamhet omfattar.

Krav 2: Leverantören ska ansvara för att systemet uppfyller lagstiftning enligt SFS 1993:584 lagen om medicintekniska produkter samt vara CE-märkta enligt MDD 93/42/EG och de föreskrifter som Läkemedelsverket (LVFS 2003:11) fastställer, samt är tillämpliga med hänsyn tagen till produkternas avsedda ändamål.

Krav 3: I leverantörens supportåtagande ingår tillhandahållande och installation av nya versioner av systemet. Med nya versioner menas dels uppdaterad funktionalitet i redan installerade programmoduler, dels nya programmoduler som leverantören utvecklar.

Av Anbudsinbjudan avseende upphandling av underhåll och support till patientjournalssystemet Take Care, dnr LS1106-090, punkt 2.8.1 Avtalstid framgår att avtalet gäller under fyra år från dess undertecknande med rätt till förlängning för Karolinska med två år i två separata perioder, dvs. maximalt åtta år totalt.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om de skall-krav som landstinget uppställt i förfrågningsunderlaget strider mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

I målet är ostridigt att en leverantör måste ha tillgång till källkoden till Take Care-systemet och vissa immateriella rättigheter för att uppfylla de uppställda skall-kraven och kunna utföra tjänsten i enlighet med efterfrågat åtagande. Tieto har gjort gällande att dessa skall-krav gynnar den befintliga leverantören på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen.

Av praxis framgår att upphandlande myndigheter har stor frihet när de bestämmer föremålet för en upphandling och utformar sitt förfrågningsunderlag (jfr RÅ 2010 ref 78). Alla krav måste emellertid vara förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna, däribland likabehandlingsprincipen. Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer, även potentiella sådana, ska behandlas lika. Alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt, exempelvis måste alla få ta del av samma information som är relevant för upphandlingen vid samma tillfälle. Enbart det förhållandet att den upphandlande myndigheten ställer krav som inte samtliga leverantörer kan uppfylla innebär i sig inte en överträdelse av LOU.

Landstinget har ansett att vissa förutsättningar för upphandlingen är så viktiga att landstinget valt att formulera dessa krav som så kallade skall-krav. Dessa skall-krav måste leverantören uppfylla för att ett anbud ska kunna komma i fråga för att antas. Enligt förvaltningsrättens mening är de skall-krav, som landstinget uppställt i förfrågningsunderlaget utifrån landstingets aktuella behov, berättigade i förhållande till föremålet för den aktuella upphandlingen. Det förhållandet att en leverantör, i motsats till andra potentiella leverantörer, klarar att möta de krav som efterfrågas kan inte i sig anses medföra att det föreligger ett otillåtet gynnande av den leverantören i strid med likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten finner således inte att landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen eller mot 1 kap. 9 § LOU vid utformningen av skall-kraven i upphandlingen.

Tieto har även gjort invändningar i fråga om avtalstiden och anser att det inte är affärsmässigt med en potentiell förlängning i totalt åtta år. Vad Tieto anfört om avtalstidens längd visar dock enligt förvaltningsrättens mening inte att landstinget har brutit mot bestämmelserna i LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte föreligger grund för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 5 § LOU. Tietos ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Carina Nägling.