

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2017-01-16
Meddelad i StockholmMål nr
13128-16**SÖKANDE**

Toshiba Medical Systems Sweden filial, 516407-4667

Ombud: Tim Weemhoff
Sisjö Kullegata 8
421 32 Västra Frölunda**MOTPARTER**1. SÖS Södersjukhuset AB, 556595-7403
Sjukhusbacken 14
118 83 Stockholm2. Siemens Healthcare AB, 556157-2636
194 87 Upplands Väsby**SAKEN**

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att rättelse ska vidtas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän en ny utvärdering har genomförts varvid Siemens Healthcare ABs anbud inte beaktas.

Dok.Id 781409

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

SÖS Södersjukhuset AB (SÖS) genomför en upphandling avseende köp av datortomograf inklusive tillbehör, diarienummer SÖSINV2016-2, till Södertälje Sjukhus AB och Södersjukhuset AB. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 13 juni 2016 framgår att Siemens Healthcare AB (Siemens) har tilldelats avtalet.

Toshiba Medical Systems Sweden filial (Toshiba) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så vis att en ny prövning av inkomna anbud ska äga rum varvid anbudet från Siemens inte ska beaktas. Toshiba yrkar i andra hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Toshiba bl.a. följande.

Enligt kravet i punkten 3.7 i förfrågningsunderlaget anges att utrustningen ska ha minst 128 unika kanaler. Under perioden 9 till 16 mars inkom två frågor, fråga 3 och 5, med efterföljande svar från SÖS angående det kravet. Den av Siemens offererade produkten Edge uppfyller inte det obligatoriska kravet i punkten. Enligt svaret på fråga 3 får kravet i 3.7 förstås som att offererade produkter ska ha minst 128 kanaler, vilka ska motsvaras av ”en styck kanal per detektorrad”. Siemens produkt har endast 64 unika kanaler som avläses två gånger och som efter avläsning genererar 128 ”slices”.

Genom SÖS utformning av kravet i 3.7 har leverantörerna styrts till att offerera maskiner från ett visst segment och som klarar avancerade undersökningar. Gemensamt för de stora leverantörerna är att datortomografer med fler detektorrader är mer avancerade och även dyrare. Det finns en tydlig segmentering där gränsen går vid just 128 detektorrader. En datortomograf med 128 detektorrader benämns som en datortomograf

med 128 kanaler. Snitt (på engelska ”slices”) används för att beskriva genererade snitt. Begreppet unika kanaler ska inte blandas samman med en annan typ av kanaler, så kallade ”DAS-kanaler” som används för att använda en signal från samma detektorelement en eller flera gånger.

Enligt svaret på fråga 5 ska svaret på fråga 3 inte tolkas som att SÖS efterfrågar en kanal per detektorrad. Inte heller att SÖS efterfrågar 128 unika detektorelement. Med unika kanaler menas en stycket kanal per detektoravläsning.

Genom SÖS förtydliganden har det gjorts en väsentlig förändring av kravet i 3.7. För att Siemens ska anses uppfylla det kravet förutsätts att kravet har förändrats i enlighet med det svar som SÖS lämnat på fråga 5. Fråga 5 har emellertid inkommit efter det att tiden för att ställa frågor löpt ut och besvarats efter att tiden för att lämna förtydliganden löpt ut. Möjligheten för anbudsgivare att beakta svaret i sina anbud har varit närmast obefintlig. Tolkningsutrymmet för hur ”unika kanaler” ska uppnås har avsevärt utökats, eller i praktiken bortfallit, genom svaret på fråga 5. Svaret på fråga 5 innebär därför antingen en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget eller så får förfrågningsunderlaget anses vara så bristfälligt formulerat att principerna om öppenhet och likabehandling har trätts förnär.

Slutsatsen att Siemens produkt inte uppfyller kravet i 3.7 har initialt även delats av SÖS som, mot denna bakgrund, i tilldelningsbeslut den 7 april 2016 bedömde att endast Toshiba uppfyllde alla obligatoriska krav i upphandlingen. SÖS beslutade att tilldela Toshiba kontraktet men återkallade senare tilldelningsbeslutet och meddelade att Siemens hade visat att de uppfyllde kravet i 3.7. Det får antas att SÖS lät sig påverkas av Siemens.

Det kan konstateras att Toshiba skulle ha tilldelats kontraktet om inte Siemens anbud felaktigt hade utvärderats. Toshiba har därigenom lidit skada eller riskerat att lida skada.

SÖS bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har gjorts på ett korrekt sätt. Svaren på de frågor som inkommit har besvarats inom förfrågningsunderlagets angivna tidsramar och skickats till de leverantörer som kommit in med anbud. Svaret på fråga 5 skickades den 16 mars kl. 15:45. Samtliga anbudsgivare har haft tillräcklig tid och förutsättningar att sätta sig in i och skapa sig en bild av vad SÖS efterfrågat. I och med det har anbudsgivarna haft fullgoda möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud. Perioderna för frågor och svar har varit förenliga med förfarandet som anges i anbudsinvitan. Svaret har inte varit att anse som en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Enligt kravspecifikationen framkommer att utrustningen ska ha minst 128 unika kanaler. Genom ”Frågor och svar” har SÖS försökt förklara vad som efterfrågas. Genom det ursprungliga valet av ord har SÖS endast haft ett krav på antalet unika kanaler. Den ursprungliga formuleringen innefattar inte en specifikation över vilken typ av teknik som efterfrågas. Det framkommer inte att efterfrågad utrustning ska ha 128 detektorrader. Siemens offererade utrustning uppfyller kravspecifikationens obligatoriska krav. Det framgår av Siemens produktbeskrivning att produkten har ”128 detector electronic channels (DAS)”.

Siemens bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Siemens system Definition Edge uppfyller tveklöst kravet på 128 kanaler. Siemens använder sig av en teknik som gör att de från 64 detektorrader kan läsa ut information från 128 unika projektioner. Det gör Siemens med 128 unika detektorkanaler. Toshiba svarar i offentliga upphandlingar konsekvent med detektorrader istället för kanaler. Kanaler och mätkanaler är emellertid

vanliga begrepp i offentliga upphandlingar och den teknik Siemens använder sig av har funnits på den svenska marknaden sedan år 2003.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrättens bedömning

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden framför i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § lagen (2007:1091) LOU. 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). I nu aktuellt mål är det alltså Toshiba som har att visa att SÖS har agerat i strid med LOU.

Toshiba har bl.a. anfört att SÖS har uppställt ett obligatoriskt krav på att offererade produkter ska ha 128 detektorrader och att Siemens produkt inte uppfyller detta krav. Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till hur nu aktuellt krav varit utformat, då parterna har olika uppfattning om detta. Därefter har förvaltningsrätten att ta ställning om Siemens har uppfyllt det aktuella kravet.

I förfrågningsunderlaget anges i punkten 3.7 under rubriken ”Obligatoriska krav” att ”utrustningen ska ha minst 128 unika kanaler.” I förfrågningsunderlagets anbudsinbjudan punkten 1.6 anges vidare, under rubriken ”Förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag”, att ”förtydliganden, rättelser och svar på frågor som publiceras via Mercell ska

ses som en del av förfrågningsunderlaget”. Kravet i 3.7 berörs i svaren på frågorna 3 och 5. I fråga 3 anges följande.

Fråga 3. Datum: 2016-03-09

Kan ni förtydliga vad ni menar med ”unika kanaler” i krav 3.7. Begreppet kanaler är tvetydigt och det finns ingen industristandard som definierar vad detta är. Kan ni istället förtydliga i mer vedertaget begrepp som inte kan tolkas på olika sätt, exempelvis i antalet detektorrader eller liknande?

Svar:

Med unika kanaler menar vi 1 st. kanal per detektor.

Vad gäller fråga 5 konstaterar förvaltningsrätten att det framgår av handlingarna i målet att SÖS svar skickades efter det datum då förtydliganden från sjukhuset skulle lämnas enligt förfrågningsunderlaget. I punkten 1.6 i förfrågningsunderlagets anbudsinvitan anges att ”förtydliganden från Södersjukhuset lämnas skriftligen senast sex kalenderdagar före angiven sista anbudsdag”. Enligt förfrågningsunderlaget var sista angiven anbudsdag den 21 mars 2016. Sista dag för SÖS att lämna förtydliganden var därmed den 15 mars och anbudsgivarna har efter denna tidpunkt inte haft anledning att förvänta sig ytterligare förtydliganden. Svaret på fråga 5 skickades ut den 16 mars och ska därför enligt förvaltningsrättens mening inte ses som en del av förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att det saknas anledning att ta ställning till om svaret på fråga 5 har utgjort en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Det saknas även skäl att pröva vad Toshiba har anfört om att förfrågningsunderlaget, mot bakgrund av svaret på fråga 5, varit bristfälligt formulerat.

Av förfrågningsunderlaget punkten 3.7 och svaret på fråga 3 kan utläsas att utrustningen ska ha minst 128 unika kanaler och att SÖS, på frågan om de kan förtydliga i detektorrader eller likande vad som avses, svarar att det som avses är en kanal per detektor. Enligt förvaltningsrättens mening går det mot

den bakgrunden inte att komma till någon annan slutsats än att SÖS har uppställt ett ska-krav på minst 128 kanaler och 128 detektorrader. I svaret på fråga 5 har SÖS visserligen uppgett att det inte var deras avsikt att uppställa ett sådant krav. Förvaltningsrätten har emellertid bedömt att svaret på fråga 5 inte är att se som en del av förfrågningsunderlaget och SÖS har således uppställt ett krav på att offererade produkter ska ha minst 128 detektorrader.

Den tekniska utredningen i målet ger stöd för vad Toshiba har anfört om att Siemens offererade produkt har 64 detektorrader. Siemens bekräftar också i sitt yttrande till domstolen att så är fallet. Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att det är visat att Siemens offererade produkt inte uppfyller det obligatoriska kravet så som det får förstås mot bakgrund av svaret på fråga 3. Vad SÖS och Siemens har anfört om att Siemens produkt har 128 unika kanaler och att produkten genererar 128 så kallade snitt ändrar inte den bedömningen. Förvaltningsrätten finner att Siemens borde ha uteslutits från upphandlingen då de inte uppfyllt ett av de obligatoriska kraven. Enligt förvaltningsrättens mening är det sannolikt att Toshiba har lidit skada genom att Siemens anbud felaktigt har utvärderats.

Förvaltningsrätten ska mot denna bakgrund besluta om ingripande mot upphandlingen. Rätten har att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur sökandens yrkande har utformats. Då ett obligatoriskt krav inte är uppfyllt gäller som huvudregel att anbudet måste förkastas. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt att det på den grunden finns skäl att göra om upphandlingen. Inte heller vad Toshiba har anfört i övrigt innebär enligt förvaltningsrättens mening att rättelse inte är en tillräcklig åtgärd.

Förvaltningsrätten bedömer därför att rättelse ska vidtas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän SÖS har genomfört en ny utvärdering varvid Siemens anbud inte beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Lars-Åke Johansson
Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Linn Nordqvist har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

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

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

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.