



**KLAGANDE**

Lorensbergs Communication AB, 556569-0913  
Drottninggatan 31  
411 14 Göteborg

Ombud: Advokaten Raynar Persson  
Södra Ringgatan 6  
441 30 Alingsås

**MOTPART**

Region Skåne  
291 89 Kristianstad

Ombud: Advokaten Mikael Karlsson och jur. kand. Katerina Strömsholm  
Moll Wendén Advokatbyrå AB  
Stortorget 8  
211 34 Malmö

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Länsrätten i Skåne läns dom den 10 september 2009 i mål nr 6641-09, se bilaga A

**SAKEN**

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

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 17 september 2009 ska inte längre gälla.

## YRKANDEN M.M.

Lorensbergs Communication AB

Lorensbergs Communication AB (Bolaget) yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, beslutar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Bolaget bl.a. följande. Länsrätten har felbedömt skaderekvisitet. Syftet med rättsmedelsdirektivet är inte i första hand att gynna en förfördelad leverantör, utan att utgöra en påtryckning för att upphandlingsreglerna ska följas. Skaderekvisitet är endast ett sätt att sortera bort obetydliga och bagatellartade brott mot LOU. Det är tillräckligt att överträdelsen medför att det föreligger en risk för att leverantören drabbas av skada och det krävs inte adekvat kausalitet. Detta betyder att leverantörens möjligheter att erhålla kontrakt påverkas av felaktigheter såsom användning av felaktigt upphandlingsförfarande, eller felaktig tillämpning av utvärderingskriterier. I detta fall har Regionen använt sig av fel upphandlingsform. Förhandlat förfarande får endast användas i vissa särskilda i lagen angivna undantagsfall. Det felaktiga användandet av förhandlat förfarande har medfört risk för skada för Bolaget. Är förfarandet felaktigt får det konsekvenser för leverantörerna, både när det gäller de leverantörer som uteslutits på grund av det felaktiga förfarandet och de som avstått från att lämna in anbud.

När det gäller urvals- och bedömningskriterierna förstås utvärderingen av anbudsansökningarna så att Bolaget uppfyller samtliga skall-krav och att det beträffande bedömningskriterierna nr. 1 och nr. 3 är lika med, eller bättre, än de andra anbudssökandena. När det gäller bedömningskriteriet nr. 2 anges i utvärderingen att Bolaget inte har redovisat någon större erfarenhet och referens för införande inom stora öppenvårdsverksamheter. Detta är felaktigt. I förevarande upphandling finns i anbudsinbjudan inte några objektiva bedömningskriterier och det saknas helt kriterier för hur urvalet ska gå till. Det finns inte angivet någon rangordning eller viktning av de tre be-

dömningskriterierna. Det enda som anges är att en bedömning sker utifrån givna svar på efterfrågade uppgifter. Mycket goda möjligheter att leverera en standardprodukt med mycket god funktionalitet kan således uppväga mindre erfarenhet enligt bedömningskriteriet nr. 2, eller tvärtom. En meruppfyllelse av kriterierna nr. 1 och nr. 3 kan mycket väl tänkas kompensera en mindre uppfyllelse av kriteriet nr. 2. En anbudssökande har således inte kunnat förutse hur bedömningarna skulle gå till och det går inte heller att avgöra om en bedömning av kriterierna har skett i enlighet med kraven i 1 kap. 9 § LOU. Det är viktigt att klarlägga vilka krav som rätteligen ska ställas på bedömningskriterier vid urvalsprocessen.

Det är diskriminerande att kräva en referens från offentlig förvaltning innebärande att referens från privat sjukvård inte duger. Kravet på referensinstallationer med kontaktperson från svensk offentlig förvaltning har haft stor betydelse för avgörandet. Detta krav är diskriminerande både som skallkrav och som bedömningskriterium på så sätt att antalet referenser bedömts ha betydelse i utvärderingen av sökandena utan att det har angivits i anbudsinvjudan.

När det gäller bedömningskriteriet nr. 2 har Regionen agerat i strid med principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Regionen har endast ringt till Bolagets referens.

Profdoc AB har i sin anbudsansökan åberopat erfarenheter och referenser gällande implementeringar gjorda av Profdoc Care AB med journalsystemet Take Care. Profdoc AB och Profdoc Care AB är två separata juridiska personer med olika ägare där rätten till nämnda journalsystem ägs av Profdoc Care AB. Det strider mot likabehandlingsprincipen att inte bortse från Profdoc AB:s åberopade referenser och erfarenheter som avser journalsystemet Take Care. Om man kan åberopa andra bolags erfarenhet och referenser, utan att de angivits som samarbetspartners, borde också Bolaget ha fått den möjligheten. Bolaget har åberopat egna erfarenheter och även sin samar-

betande partner Megapoint AB:s erfarenhet av stora införanden av produkter och tjänster inom sjukvården såsom t.ex. inpasseringskort till Socialstyrelsen och andra branscher. Megapoint AB:s erfarenhet har överhuvudtaget inte beaktats vid utvärderingen och det strider mot likabehandlingsprincipen. Anbudsansökan från Profdoc AB ska således i första hand förkastas och i andra hand ska samtliga de referenser och den erfarenhet som är hänförliga till Profdoc Care AB bortses ifrån. Profdoc AB:s offererade journalsystem uppfyllde inte heller skall-kravet på att journalsystemet ska följa svensk lagstiftning vid tidpunkten för avgivandet av anbudet och således inte heller vid den tidigare tidpunkt då utvärderingen av anbudsansökningarna gjordes.

Av Profdoc AB:s anbud framgår att den version av PMO, som har stöd i patientdatalagen, inte fanns vid anbudsansökningen, men var planerad att finnas om företaget tilldelades upphandlingen. Inget av Profdoc AB:s journalsystem uppfyllde vid den aktuella tidpunkten lagkraven. Bolagets journalsystem Asynja har uppfyllt lagkraven sedan flera år tillbaka, vilket hade kunnat styrkas vid upphandlingstillfället.

När det gäller bedömningskriteriet nr. 1 framgår det av anbudsinbjudan att man ska ange en referensinstallation. Denna ska givetvis avse det journalsystem som anbudet kommer att gälla, i detta fall PMO, och det kan inte tolkas på annat sätt än att detta är ett skall-krav. Den enda referensinstallation som Profdoc AB åberopat beträffande PMO är avseende kriminalvården och den installationen driftsattes först den 27 oktober 2008. I anbudsinbjudan anges att journalsystemet ska finnas i drift i Sverige inom öppenvården "idag", dvs. den 2 oktober 2009, som är datum för anbudsinbjudan. Profdoc AB:s installation av PMO uppfyller således inte kravet på att journalsystemet ska vara i faktisk drift och fungerande "idag". Om det inte skulle ses som ett skall-krav har förhållandena i vart fall betydelse för bedömningskriteriet nr. 1. Om inte bedömningskriterierna i anbudsinbjudan hade varit så oklart formulerade och innefattat sådana stora brister i förutsebarhet beträff-

fande värderingen av bedömningsgrunderna och den totala avsaknaden av inbördes ordning mellan dessa är det inte osannolikt att Bolaget hade utformat sin anbudsansökan på ett annat sätt, eller att det funnits även andra sökanden.

Det åligger enligt LOU upphandlande myndighet att kontrollera den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten. Av 11 kap. 11 § LOU kan utläsas en uttömmande uppräknning på vilka sätt den tekniska kapaciteten får styrkas. Regionen har i sin anbudsinbjudan (se avsnitt 8) uppställt en lista över allmänna krav avseende teknisk kapacitet. Vid en jämförelse med reglerna i LOU kan man konstatera att Regionens uppställda sätt att styrka den tekniska kapaciteten inte är tillåtna. Att Profdoc AB har svarat jakande på att företaget har uppfyllt kravet på att tänkbart journalsystem använder det svenska språket och följer svensk lagstiftning och praxis utgör inte någon kontroll av svaret. Bristen på kontroll har medfört att Profdoc AB utvalts till anbudsgivare. Ovanstående förhållande har medfört att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada då Bolaget felaktigt inte utvaldes till anbudsgivare.

Anbudet var bindande t.o.m. den 15 september 2009 och upphandlingen avslutas först genom tecknande av avtal. Avtal hade inte tecknats den 16 september 2009. Då anbudet inte längre är bindande och avtal inte har tecknats kan upphandlingen inte avslutas utan ska göras om. Regionen har inte påtalat att anbudstiden har förlängts.

#### Region Skåne

Region Skåne (Regionen) bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Bolaget har blandat ihop skaderekvisitet i 16 kap. 1 § och 16 kap. 2 § LOU. Sistnämnda paragraf anger uttryckligen att ingripande kan ske om den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Det innebär att adekvat kausalitet ska föreligga mellan en överträdelse och en faktisk eller befarad

skada. I förfrågningsunderlaget anges tre bedömningskriterier för val av anbudsgivare. Bedömningskriteriet nr. 2 avser endast ett krav av flera på potentiella anbudsgivare. Det nämnda kriteriet intogs för att bedöma leverantörers erfarenhet av ifrågavarande typ av projekt. Utformningen och anpassningen av ett journalsystem styrs i hög grad av de regler och riktlinjer som gäller för den typ av sjukvård som journalsystemet avser. För offentligt bedriven sjukvård i Sverige gäller regler som inte gäller för privat sjukvård. Den offentliga sjukvården har ett uppdrag att tillhandahålla vård till befolkningen inom ett visst område som inte den privata sjukvården har. Detta ställer särskilda krav vad gäller utformningen och anpassningen av ett journalsystem och av den anledningen har bedömningskriteriet nr. 2 fått den aktuella utformningen. Kriteriet är således utformat av objektiva skäl och kan inte anses diskriminerande. Avsikten var att upphandla ett journalsystem som ska fungera både i privat och offentlig miljö. Det bedömdes därför vara av vikt att ett vinnande system gick att anpassa till de särskilda förutsättningar som gäller både privat och offentlig sjukvård. Sekretesslagen gäller t.ex. bara för offentlig sjukvård. När det gäller fråga om svensk eller utländsk verksamhet är reglerna för läkemedelshantering i högsta grad nationella. Av den anledningen har det bedömts vara av ett visst värde i vilken mån en leverantör har erfarenhet av utveckling av journalsystem som ska kunna hantera läkemedelsfrågor enligt svenska regler. Utvärderingen av anbudssökandena utifrån det nämnda kriteriet har baserats på de referenser som leverantörerna har hänvisat till i sina ansökningar. Regionen har vid utvärderingen funnit leverantörer som utifrån efterfrågat underlag bedömts ha bättre förmåga att leverera aktuella tjänster än Bolaget. Bolagets lämnade referens har inte haft någon negativ inverkan på bedömningen av Bolaget som potentiell anbudsgivare i upphandlingen.

Vad gäller utvärderingen av anbudssökande anges att "Erfarenhet och referenser från stora öppenvårdsorganisationer i Sverige eller utomlands" ska bedömas. Detta är ett kriterium för utvärdering. Inga krav har ställts i denna del på att referenserna ska vara offentliga eller svenska. Regionen har där-

emot som ett skall-krav angivit att en kontaktperson från svensk offentlig förvaltning ska anges. Detta krav har Bolaget uppfyllt. Det saknar således relevans för överprövningen, eftersom Bolaget inte kan ha lidit någon skada även om detta krav skulle anses diskriminerande. Någon utvärdering av om en erfarenhet avsåg offentlig, privat, svensk eller utländsk sjukvård har således inte skett och har inte varit avsedd att ske. Att ange referens från en svensk offentlig förvaltning har inte utgjort något kriterium för val av anbudsgivare och har inte heller lagts till grund för Regionens beslut.

Bolaget har vidare hävdats att Regionen i utvärderingen av anbudsansökningarna felaktigt tillämpat ett skall-krav angående lagföljsamhet. Detta utgör en ny grund för talan som inte har åberopats i länsrätten. Bolaget blandar lösryckta utdrag ur olika handlingar och olika typer av invändningar, som inte kan uppfattas på något annat sätt än att det är ägnat att förvilla. Man måste skilja på de två aktuella leden i upphandlingsförfarandet; inbjudan till anbudsansökan och utvärderingen i detta led samt förfrågningsunderlaget och utvärderingen av ingivna anbud. Bolaget har bara medverkat i det första ledet. I inbjudan till anbudsansökan finns en lista över ett antal allmänna krav avseende teknisk kapacitet. Som en punkt anges "Bekräfta att tänkbart journalsystem använder svenska språket och följer svensk lagstiftning och praxis". Samtliga sökanden har på denna punkt svarat "ja". Efter genomgång av svaren från anbudsgivarna i denna del har det inte framkommit några omständigheter som har gett anledning att misstänka bristande teknisk kapacitet. Förfrågningsunderlag med kravspecifikation har tagits fram i den andra fasen av upphandlingen. Bland de krav som uppställdes på journalsystem fanns ett krav på lagföljsamhet, att uppfylla samtliga krav enligt svensk lagstiftning, vilket Profdac AB svarat jakande på och därtill gjort några tillägg till sitt svar. Dessa har inte uppfattats som inkorrekta.

När det gäller Bolagets påstående att Regionen skulle vara förhindrad att teckna avtal eftersom förfrågningsunderlaget angav att anbudet skulle vara

bindande till den 15 september 2009 hänvisas till Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål 3521-08.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

#### Förhandlat förfarande

Första frågan kammarrätten har att ta ställning till är om Regionen har haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande vid aktuell upphandling.

Enligt 4 kap. 2 § 3 p. LOU får ett förhandlat förfarande med föregående annonsering användas för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden. I det klassiska direktivet (2004/18/EG) kan bl.a. utläsas av art. 30.1.c. att förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande av upphandling är motiverat i fall för intellektuella tjänster som t.ex. projektering av anläggningar, om arten av de tjänster som ska tillhandahållas är sådana att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden. Uppräkningen i direktivet kan inte anses uttömmande, utan ger endast exempel på situationer när förhandlat förfarande med föregående annonsering kan anses godtagbart.

Upphandlingen i detta mål avser ett it-stöd för journalföring inom öppenvårdsverksamheten i Regionen. Upphandlingen avser både produkt och kapacitet för implementering av det nya it-stödet och innefattar driftsstöd och kundsupport m.m. Enligt intyg uppskattas värdet av tjänster i den aktuella upphandlingen uppgå till cirka 80 procent. Mot denna bakgrund anser kammarrätten att upphandlingen i förevarande mål får anses utgöra en upphandling som till största del avser intellektuella tjänster. Vad Bolaget anfört



i denna del medför ingen annan bedömning. Frågan är då om den intellektuella tjänsten är av sådan art att det inte har gått att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen på annat sätt. Regionen har i detta avseende anfört att upphandlingen av journalsystem med möjlighet att hantera 1,2 miljoner patientjournaler och minst 3 000 samtidiga användare är så komplex att det inte går att utforma ett förfrågningsunderlag utan att det finns risk att det blir alltför detaljerat, vilket i sin tur medför risk att potentiella leverantörer ofrivilligt utesluts. Bolaget har å andra sidan bl.a. anfört att upphandlingen enligt förfrågningsunderlaget avsett en "standardprodukt" och att det i sig talar för att det inte har varit en upphandling av komplicerad art. Med utgångspunkt i vad som framkommit i målet finner kammarrätten att upphandlingsföremålet varit så komplext att det har funnits utrymme att använda sig av undantaget för förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § 3 p. LOU.

#### Skall-kraven

Bolaget har anfört att Profdoc AB, som slutligen tilldelats kontraktet i aktuell upphandling, inte uppfyller samtliga skall-krav som är uppställda i anbudsinbjudan. Bolaget anser att Profdoc AB inte uppfyller skall-kravet på att deras journalsystem ska följa svensk lagstiftning vid tiden för avgivande av anbud, eller då utvärdering av anbudet gjordes. Profdoc AB uppfyller enligt Bolaget inte heller skall-kravet på att det offererade journalsystemet ska vara i drift hos kund i dag, dvs. den 2 oktober 2008.

Regionen har anfört att den har godtagit Profdoc AB:s jakande svar att kraven var uppfyllda och att det inte förelegat omständigheter som föranlett vidare kontroll av riktigheten av svaren. Därtill anser Regionen att de nämnda kraven som Bolaget har återgivit från anbudsinbjudan inte utgör skall-krav. Oavsett om det anses vara ett skall-krav ska "idag" inte tolkas som att systemet ska vara driftsatt den 2 oktober 2008 utan den dag som ansökningarna senast skulle ha kommit in till Regionen, dvs. den 3 novem-

ber 2008. Vidare anser Regionen att Bolagets invändning att Profdoc AB:s anbud inte uppfyller kravet på lagföljksamhet utgör en ny grund som ska avvisas.

Kammarrätten finner mot bakgrund av vad som framkommit i målet att Bolaget inte visat att Profdoc AB:s offererade journalsystem inte uppfyller de i anbudsinvjudan angivna kraven.

#### Urvalskriterierna

Nästa fråga för kammarrätten att ta ställning till är om de urvalskriterier som Regionen har uppställt i anbudsinvjudan har varit korrekta.

Enligt 11 kap. 3 § LOU får vid selektivt och förhandlat förfarande med föregående annonsering den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud eller att förhandla. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen ange 1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande och 2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att inbjudas och, om ett högsta antal kommer att inbjudas, detta antal. LOU saknar dock bestämmelser som närmare reglerar hur urvalet ska göras när flera anbudssökande än det antal som ska inbjudas uppfyller uppställda kvalificeringskrav. Av art. 44 3 p. i det klassiska direktivet framgår endast att urvalskriterierna ska vara objektiva och ickediskriminerande. I förarbetena till LOU (se prop. 2006/07:128 s. 393 ) hänvisas till att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten som anges i 1 kap. 9 § LOU inte får åsidosättas vid urvalsprocessen.

Regionen har i anbudsannonsen angett att planerat lägsta och högsta antal är tre respektive fem leverantörer. Regionen har vidare i den aktuella anbudsinvjudan uppställt en rad skall-krav avseende leverantörernas tekniska och

ekonomiska kapacitet (avsnitt 8) samt angett tre bedömningskriterier som enligt Regionen kommer att beaktas vid prövning av ansökningarna (avsnitt 7).

Bedömningskriterierna är följande.

1. Möjligheten att leverera en "standardprodukt" för journalhantering för öppenvård täckande övervägande del av efterfrågad funktionalitet.
2. Erfarenhet och referenser av införande av journalsystem för stora öppenvårds organisationer i Sverige eller utomlands.
3. Bedömning av möjlighet att klara åtagandet i form av ekonomi, erfarenhet, kompetens och personell kapacitet.

Regionen har ansett att samtliga leverantörer som givit in anbudsansökningar har uppfyllt alla skall-krav som angetts under avsnitt 8 i anbudsinbjudan. Bolaget har vidare bedömts uppfylla bedömningskriterierna nr. 1 och 3 lika bra som de leverantörer som slutligen inbjudits. Bolaget har dock inte ansetts ha lika bra referenser och erfarenhet som efterfrågas under bedömningskriteriet nr. 2, som de övriga leverantörerna. Bolaget har avseende detta bedömningskriterie bl.a. anfört att kriteriet är diskriminerande, då det avser erfarenhet och referenser rörande öppenvårdsorganisation. Bolaget anser att deras angivna referens avseende företagsvård är relevant, eftersom journalsystemet för denna verksamhet är mer komplicerat än för öppenvård. Därtill är förfarandet enligt Bolaget inte transparent då det inte på något sätt anges i anbudsinbjudan hur bedömningskriterierna kommer att viktas. Regionen har som förklaring till det uppställda kravet angett att utformningen och anpassningen av ett journalsystem i hög grad styrs av de regler och riktlinjer som gäller för den typ av sjukvård som journalsystemet avser. Detta ställer särskilda krav vad gäller utformningen och anpassningen av ett jour-

nalsystem och av den anledningen har bedömningskriteriet nr 2. fått den aktuella utformningen.

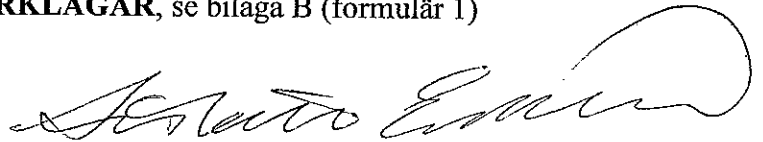
Den första frågan är om det krävs för att upphandlingsförfarandet ska anses transparent att det av annonsen framgår hur viktningen av de olika bedömningskriterierna ska gå till. Kammarrätten kan konstatera att det inte uttryckligen framgår av vare sig LOU eller det klassiska direktivet, att det är ett krav att upphandlande myndighet i förväg formulerar de kriterier som ska tillämpas vid urvalet, eller vilken metod som ska tillämpas för värderingen av kriterierna. Sue Arrowsmith har i *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra upplagan 2005, konstaterat att rättsläget är oklart. Hon gör dock bedömningen att ett nekande svar på frågan om transparensprincipen innebär att upphandlande myndighet i förväg måste ange kriterier och värderingsmetod ligger närmast till hands. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att Regionens anbudsintjudan i detta avseende inte strider mot kravet på transparens eller någon annan grundläggande princip. Kammarrätten finner med hänsyn till vad som upphandlas att de uppställda bedömningskriterierna även i övrigt får anses vara objektivt motiverade och inte diskriminerande. Det får således anses proportionellt att ställa upp ett urvalskriterium avseende erfarenhet och referenser rörande öppenvårdsorganisationer på sätt som Regionen har gjort. Kammarrätten finner därmed att de urvalskriterier som Regionen ställt upp i sin anbudsintjudan uppfyller kraven enligt 11 kap. 3 § LOU och att Regionens tillvägagångssätt inte heller på något annat sätt strider mot 1 kap. 9 § LOU.

#### Anbudstiden

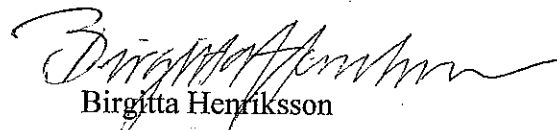
Eftersom tilldelningsbeslut är meddelat före det att den i förfrågningsunderlaget angivna anbudstiden har löpt ut måste upphandlingen av denna anledning inte göras om.

Mot bakgrund av ovanstående instämmer kammarrätten i länsrättens bedömning att det inte är visat att Regionen i det aktuella upphandlingsförfarandet har agerat i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna på sådant sätt att Bolaget därigenom lidit skada eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande föreligger därför inte. Överklagandet ska därmed avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga B (formulär 1)



Lisbeth Edlund



Birgitta Henriksson  
referent



Lennart Berglund



/Erika Lund



**LÄNSRÄTTEN I  
SKÅNE LÄN**  
Avdelning 1  
Lena Palmér

**DOM**  
2009-09-10  
Meddelad i  
Malmö

Mål nr  
6641-09E

*Bilaga A*

### SÖKANDE

Lorensbergs Communication AB, 556569-0913  
Drottninggatan 31  
411 14 Göteborg

Ombud: Advokat Raynar Persson  
Raynar Persson Advokatbyrå AB  
Södra Ringgatan 6  
441 30 Alingsås

### MOTPART

Region Skåne  
291 89 Kristianstad

Ombud: Advokat Mikael Karlsson och jur kand Katerina Strömsholm  
Moll Wendén Advokatbyrå AB  
Stortorget 8  
211 34 Malmö

### SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

### DOMSLUT

Länsrätten avslår begäran om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 237907

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: lansratteniskane@dom.se	040-97 24 90	måndag – fredag 08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

Region Skåne genomför upphandling av journalsystem för öppenvård (dnr 0802338). Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet och genomförs enligt förhandlat förfarande. I tilldelningsbeslut den 24 juni 2009 har Profdoc AB antagits som leverantör.

Lorensbergs Communication AB (Lorensbergs) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen skall göras om. Till grund för talan anförs bl.a. följande. Region Skåne har brutit mot LOU genom att genomföra upphandlingen enligt ett förhandlat förfarande utan att ha laglig rätt därtill. Detta på grund av att upphandlingen dels avsåg en produkt och inte en intellektuell tjänst och dels avsåg en standardprodukt. Det har inte inneburit sådana svårigheter att utforma förfrågningsunderlag att ordinarie upphandlingsförfarande, öppet eller selektivt förfarande, inte kunnat användas. Region Skåne har att bevisa att rekvisiten för att få använda förhandlat förfarande har varit uppfyllda. Det kan noteras att Landstinget i Uppsala inte hade några problem att genomföra ett öppet anbuds-förfarande avseende journalsystem. Vidare har Region Skåne vid valet av sökande som tilläts lämna anbud inte följt principerna i 1 kap 9 § LOU. Lorensbergs har felaktigt uteslutits från möjlighet att lämna anbud. Vidare har Region Skåne ej använt tillåtna bedömningskriterier. Enligt 11 kap. 3 § LOU får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande under den förutsättning att myndigheten i annonsen om upphandling anger vilka kriterier som kommer att tillämpas vid valet av anbudssökande. Dessa kriterier ska vara objektiva och icke-diskriminerande samt bevisbara (se prop. 2006/07:128 avsnitt 14.5.2). Såvitt Lorensbergs kunnat utröna så finns inte de använda kriterierna angivna i upphandlingsannonsen. Åtminstone bedömningskriterier nummer 2 "Erfarenhet och referenser av införande av journalsystem för stora öppenvårdsorganisationer i Sverige eller utomlands" är inte ett objektiva krav som är bevisbart. Det verkar främst som om Region Skåne är ute efter att bedöma leverantörens kapacitet tekniskt och yrkesmässigt. En sådan kontroll ska ske och bedömas utifrån reglerna i

10 – 11 §§. Profdoc AB:s redovisade uppgifter har ej ifrågasatts medan så har varit fallet med Lorensbergs uppgifter. Vid en samlad bedömning av referensuppgifter avseende olika journalsystem har Profdoc AB endast lämnat en referensuppgift beträffande journalsystemet PMO och det är en två dagar gammal driftsatt installation till en myndighet som inte tillhör sjukvården. Lorensbergs har däremot lämnat en referensuppgift till landstinget i Blekinge avseende sitt journalsystem Asynja. Sammantaget har Asynja 130 installationer med upptill 400 användare och PMO 90 installationer med 1 - 200 användare. Vid denna jämförelse borde Lorensbergs ha tillhört de som utvalts att lämna anbud, men inte Profdoc AB. Profdoc AB saknar enligt angivna referenser, som gäller journalsystemet TakeCare, erfarenhet eftersom det systemet har installerats av ett annat bolag med annan personal. Profdoc AB:s anbudsansökan borde ha förkastats då bolaget inte har uppfyllt skall-krav på att ha det offererade journalsystemet driftsatt den senast 2 oktober 2008. Valet av anbudssökande har inte skett på ett likvärdigt, icke-diskriminerande och affärsmässigt sätt. Lorensbergs har drabbats eller kan komma att drabbas av skada till följd av Region Skånes agerande.

Region Skåne bestrider bifall och anför bl.a. följande. Regionen har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Vidare har Lorensbergs inte till följd av de påstådda bristerna lidit någon skada. Lorensbergs har efter att Regionen publicerat inbjudan till anbudsansökan lämnat in sådan ansökan. Regionen har bedömt att Lorensbergs har uppfyllt ställda skall-krav. Därmed har Lorensbergs betraktats som kvalificerat. Däremot har bolaget inte valts ut till att lämna anbud. Således har Lorensbergs på grundval av urvalskriterierna inte valts ut i *urvalsfasen*. Lorensbergs gör gällande att upphandlingen skulle ha skett enligt öppet eller selektivt förfarande. Om Regionen använt selektivt förfarande hade Lorensbergs situation och resultat i upphandlingen varit likadan som vid förhandlat förfarande. Någon skada för Lorens-



bergs kan inte uppstå på grund av det påstådda felaktiga valet av upphandlingsförfarande. Urvalsprincipen i ett selektivt förfarande överensstämmer i allt väsentligt med urvalsfasen i förhandlat förfarande och styrs av samma principer. Det är förhandlingsmomentet som skiljer selektivt och förhandlat förfarande. Eftersom Lorensbergs inte valts ut att lämna anbud har bolaget inte på något sätt påverkats av att det har förekommit förhandlingar med tre av fem anbudsgivare. Region Skåne hävdar dock att man har rätt att använda förhandlat förfarande. På grund av den komplexa funktionaliteten som efterfrågas i upphandlingen, tjänsternas beskaffenhet samt möjligheten att uppnå denna funktionalitet genom olika lösningar var det inte möjligt att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom något annat förfarande. Region Skåne har i inbjudan till anbudsansökan bl.a. angivit tre bedömningskriterier att beakta vid val av anbudsgivare. Regionen har på grundval av de kriterier som angivits valt fem mest lämpade anbudssökanden. Valet har genomförts på ett riktigt sätt i överensstämmelse med vad som angivits i inbjudan. Vid val av anbudsgivarna har Region Skåne, utifrån de uppgifter företaget lämnat i ansökan, bedömt att Lorensbergs erfarenhet av införande av journalsystem för stora öppenvårdsorganisationer inte har varit lika bra som de fem utvalda anbudssökande. Något otillbörligt gynnande eller missgynnande av någon anbudssökande har inte skett. Till skillnad från Lorensbergs har Profdoc AB i sin ansökan visat att företaget har en gedigen erfarenhet av införande av journalsystem i stora öppenvårdsorganisationer. Profdoc AB har uppfyllt alla ställda skall-krav. Något skall-krav att produkten ska vara i drift den 2 oktober 2008 har aldrig ställts. Formuleringen *upphandlingen avser en "standardprodukt" i form av att anbudsgivaren har en version av systemet som är i drift idag och hanterar utveckling av produkten på ett i stort sett enhetligt sätt gentemot sina kunder* är inget skall-krav. Även om formuleringen skulle betraktas som ett krav skulle uttrycket "idag" rätteligen syfta på den dag då ansökningarna senast skulle komma in till Regionen, dvs. den 3 november 2008. Detta "krav"

skulle då vara uppfyllt då PMO driftsattes hos kriminalvården den 27 oktober 2008. Systemet har dock enligt den information som Region Skåne tagit del av tillhandahållits en öppenvårdsmottagning första gången år 2005. Anbudsgivaren Lorensberg har inte på något sätt visat att Regionen på något sätt gynnat missgynnat bolaget eller gynnat Profdoc AB. Lorensbergs har inte visat att bolaget till följd av att Region Skåne har valt Profdoc AB har lidit eller kan komma att lida skada. I upphandlingen har inkommit åtta anbudsansökningar som samtliga uppfyllt skall-kraven. Lorensbergs har inte visat att bolaget hade valts om Profdoc AB valts bort. Bedömningskriteriet nummer 2 erfarenhet och referenser av införande av journalsystem för stora öppenvårdsorganisationer är ett objektivt och tydligt utformat kriterium. Vad som avses med stora öppenvårdsorganisationer framgår av inbjudan. Det finns inget stöd för Lorensbergs uppfattning att erfarenhet nödvändigtvis måste avse det system som kommer att offeras. Samtliga använda utvärderingskriterier är både till sin karaktär och sitt innehåll i överensstämmelse med LOU.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 3 juli 2009 förordnat att i målet aktuell upphandling inte får avslutas innan annat beslutats.

### DOMSKÄL

#### Bestämmelser m.m.

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 vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. - Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 11 kap. 3 § LOU får den upphandlande myndigheten vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering begränsa

antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud eller att förhandla. Den upphandlande myndigheten skall i annonsen ange

1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande, och
2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att inbjudas och, om ett högsta antal kommer att inbjudas, detta antal.

Region Skåne har i aktuell inbjudan till anbudsansökan under rubriken *Begränsningar av antal aktörer som inbjuds att lämna anbud eller delta* redovisat tre kriterier för begränsning av antalet anbudssökande. Dessa är:

1. Möjlighet att leverera en "standardprodukt" för journalsystem i öppenvård täckande övervägande del av efterfrågad funktionalitet
2. Erfarenhet och referenser av införande av journalsystem för stora öppenvårdsorganisationer i Sverige eller utomlands
3. Bedömning av möjlighet att klara av åtaganden i form av ekonomi, erfarenhet, kompetens och personell kompetens.

#### **Länsrättens bedömning i nu förevarande mål**

Lorensbergs gör i länsrätten gällande att Region Skåne brutit mot LOU genom att använda ett otillåtet upphandlingsförfarande, använda otillåtna bedömningskriterier vid valet av anbudsgivare samt genom att inte genomföra valet av anbudsgivare val på ett likvärdigt, icke-diskriminerande och affärsmässigt sätt.

För att begränsa antalet anbudssökande vid upphandling över tröskelvärde ger LOU upphandlande myndighet möjlighet att välja selektivt förfarande och, under vissa förutsättningar, förhandlat förfarande. I den aktuella upphandlingen har Region Skåne valt förhandlat förfarande då det på grund av den komplexa funktionaliteten som efterfrågas i upphandlingen, tjänsternas beskaffenhet samt möjligheten att uppnå denna funktionalitet genom olika lösningar, enligt Region Skåne, inte var möjligt att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom något annat förfarande. Lorensberg hävdar att Region Skåne istället borde ha valt selektivt förfarande. Länsrätten kan därvid konstatera att urvalsfa-

sen i ett selektivt förfarande överensstämmer med urvalsfasen i förhandlat förfarande och ska följa samma principer. Det är det senare inträffande förhandlingsmomentet som skiljer de båda förfarandena åt. LOU saknar bestämmelser som närmare reglerar hur urvalet ska göras när flera anbudsökande än som det antal som ska inbjudas uppfyller ställda kvalificeringskrav. Urvalet skall dock göras på objektiva grunder och de grundläggande principerna vid upphandling får inte åsidosättas.

Vid urvalsfasen i den aktuella upphandlingen har Region Skåne bedömt att Lorensbergs anbudsansökan uppfyller ställda skall-krav. Däremot har bolaget inte valts ut till att lämna anbud. Av upprättad utvärderingsrapport framgår att anledningen härtill har varit att Lorensbergs inte har bedömts vara ett lika bra alternativ som valda anbudsgivare då bolaget inte har redovisat att de har någon större erfarenhet och referenser för införande inom stora öppenvårdsorganisationer. Det har inte framkommit annat än att Region Skånes bedömning härvidlag har gjorts utifrån de tre bedömningskriterier som redovisats i inbjudan till anbudsansökan under rubriken *Be-gränsningar av antal aktörer som inbjuds att lämna anbud eller delta*. Bedömningskriterierna får enligt länsrättens mening anses vara objektiva och även i övrigt förenliga med LOU. Region Skåne har gjort bedömningen att Lorensbergs inte varit en av de fem mest lämpade anbudssökanden. Region Skåne har vidare gjort bedömningen att Profdoc AB uppfyllt ställda kvalificeringskrav och varit väl lämpad som anbudsgivare, varför bolaget – tillsammans med ytterligare fyra bolag – valts ut till att få lämna anbud. Det har inte visats att Region Skåne härvid har tagit några ovidkommande hänsyn eller på annat sätt agerat i strid med LOU.

Om Regionen använt selektivt förfarande, vilket man ostridigt har haft rätt till, hade detta inte förändrat Lorensbergs belägenhet. Lorensbergs har på saklig grund inte valts ut till att få lämna anbud. Lorensbergs har inte redogjort för hur Region Skånes tillämpande av förhandlat förfarande har varit

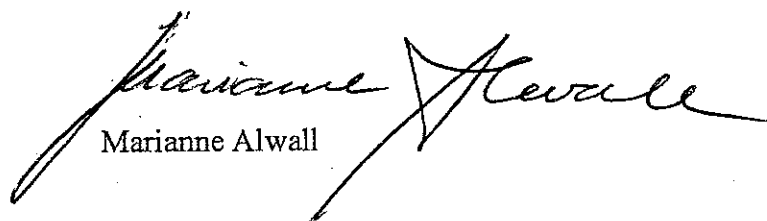
till skada för bolaget. Det påstådda felaktiga valet av upphandlingsförfarande har enligt länsrättens mening inte visats kunna leda till att Lorensbergs lidit skada eller riskerat lida skada.

Sammanfattningsvis anser länsrätten att vad Lorensbergs anfört och åberopat inte utgör utredning som visar att Region Skåne i det aktuella upphandlingsförfarandet agerat i strid mot LOU på sådant sätt att bolaget därigenom har lidit skada eller riskerat lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därför inte. Lorensbergs ansökan skall således avslås.

#### Särskilda upplysningar

Länsrättens interimistiska beslut av den upphör därmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1b)



Marianne Alwall