



**KAMMARRÄTTEN I  
GÖTEBORG**  
Avdelning I

**DOM**

2016-09-16  
Meddelad i Göteborg

Mål nr 2545-16

1

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-09-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**KLAGANDE**

CompuGroup Medical Sweden AB, 556349-5893

Ombud: Advokaterna Thomas Lindqvist och Rickard Haglund samt  
jur. kand. Bojana Saletic  
Advokatfirman Hammarskiöld & Co  
Box 2278  
103 17 Stockholm

**MOTPART**

Region Skåne  
291 89 Kristianstad

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 5 april 2016 i mål nr 13741-15,  
se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning av offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår Region Skånes yrkande att överklagandet ska avvisas.

Kammarrätten bestämmer, med ändring av förvaltningsrättens dom, att  
Region Skånes upphandling av ett konsoliderat journalsystem och ett  
remiss- och svarssystem ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

---

Dok.Id 358493

**Postadress**  
Box 1531  
401 50 Göteborg

**Besöksadress**  
Stora Nygatan 21

**Telefon**  
031-732 74 00  
**E-post:** kammarratten.goteborg@dom.se  
www.kammarratten.goteborg.se

**Telefax**  
031-732 76 00

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND

Region Skåne har genomfört en offentlig upphandling av underhåll, utveckling och support av ett av regionens IT-system för journalhantering, Melior.

Regionstyrelsen har dessutom beslutat om en uppgradering av Melior. I ett sammanträdesprotokoll den 8 oktober 2015 antecknades beslutet i två punkter. Den första punkten lyder:

”Regionstyrelsen ger regiondirektören i uppdrag att starta ett projekt med inriktning att konsolidera de befintliga journalsystemen Melior och PMO genom uppgradering av Melior som benämns Melior+.”

Beslutets andra punkt anger hur projektet skulle finansieras. I sammanträdesprotokollet anges även att det i ärendet finns ett beslutsförslag daterat den 8 oktober 2015. I beslutsförslaget ges en beskrivning av ärendet och skälen för ordförandens förslag till beslut. Där redogörs för det arbete som regionen dittills hade genomfört för att konsolidera de många olika informationssystem som används inom hälso- och sjukvården. Av beskrivningen framgår att regionen har två huvudjournalsystem, PMO för öppenvården och Melior för specialistvården. I beskrivningen av ärendet nämns även att regionen ännu inte har ett fungerande elektroniskt remiss- och svarssystem samt bland annat följande.

”Leverantören av Melior, Siemens, avyttrade sin division med inriktning på IT-lösningar för sjukvård i augusti 2014 till det amerikanska bolaget Cerner. I samband med detta återupptogs diskussioner om att slutleverera ej levererad och avtalad remiss- och svarslösning. Cerner utlovade då att leverera den standardprodukt som de tillhandahåller sina andra kunder. Detta kräver uppgradering av nuvarande tekniska plattform för Melior. Utifrån detta har ett förslag tagits fram som innebär en konsolidering av

befintliga journalsystem till ett, ett remiss- och svarssystem för labmedicin, allmänkonsultationer och röntgenremisser och ett beställningssystem för läkemedel. Lösningen går under benämningen Melior+.”

CompuGroup Medical Sweden AB, förkortat CGM, har ansökt om överprövning. Ansökan riktade sig både mot upphandlingen av underhåll m.m. avseende det befintliga IT-systemet Melior och mot regionstyrelsens beslut om uppgradering av Melior.

Regionen har numera ingått avtal med Cerner om underhåll m.m. avseende det befintliga IT-systemet Melior.

#### **YRKANDEN M.M.**

#### **CompuGroup Medical Sweden AB**

CompuGroup Medical Sweden AB yrkar att kammarrätten ska förordna att den direktupphandling avseende regionens IT-system Melior, nya moduler och ny plattform (uppgradering av Melior), som påbörjades genom regionstyrelsens beslut den 8 oktober 2015 ska göras om. CGM anför bland annat följande.

Konsolideringen av de två befintliga systemen Melior och PMO ska enligt regionstyrelsens beslut och förslaget till detsamma göras av Cerner och ske genom införskaffande av en ny plattform, benämnd Melior+. Regionen ska enligt beslutsförslaget även införskaffa Cerners standardprodukt för remiss- och svarssystem.

Detta agerande strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, särskilt mot lika-behandlingsprincipen. Genom att besluta att direkttilldela kontraktet till Cerner har regionen fråntagit CGM möjlighet att delta i en regelrätt

upphandling genomförd i enlighet med reglerna i LOU. Detta har medfört att CGM lidit eller kan komma att lida skada.

Regionens viljeyttring att konsolidera PMO och Melior genom uppgradering av Melior till ett nytt system, Melior+, framgår klart och tydligt av regionstyrelsens beslut. Av beslutsförslaget som legat till grund för beslutet framgår även att en skattning av resursbehov har genomförts med Cerner samt att installation av uppgraderad plattform är beräknad till ca 55 miljoner kronor. Detta visar klart och tydligt att regionen avser att ingå ett avtal med Cerner om en ny och utvidgad plattform.

Vad gäller remiss- och svarssystemet framgår av beslutsförslaget att Cerner kommer att leverera den standardprodukt som de tillhandahåller till sina andra kunder. Detta ger uttryck för regionens vilja att köpa Cerners standardprodukt. Av beslutsförslaget framgår även att regionen haft diskussioner kring detta med Cerner. Detta visar klart och tydligt att regionen avser att ingå avtal med Cerner, om så inte redan har skett, samt att Cerner är införstådd med regionens avsikt att ingå avtal om Cerners standardprodukt för remiss- och svarssystem.

Det ovan angivna kan inte uppfattas på annat sätt än att regionen beslutat att anlita Cerner för att leverera en ny plattform, Melior+, som ska användas för både primär- och specialistvård och ett remiss- och svarssystem. Det handlar således om en direktupphandling.

Liknande produkter, såväl en ny plattform som ett remiss- och svarssystem, skulle kunna levereras av andra aktörer på marknaden, inklusive CGM.

**Region Skåne**

Region Skåne yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens bedömning att överklagandet kommit in i rätt tid, avvisar överklagandet som för sent inkommet.

För det fall överklagandet inte avvisas på grund av att det kommit in för sent anser regionen att överklagandet ändå ska avvisas, så vitt avser upphandlingen av underhåll, utveckling och support av IT-systemet Melior på grund av att avtal redan har undertecknats, och så vitt avser regionstyrelsens beslut den 8 oktober 2015 på grund av att beslutet inte utgör en upphandling.

För det fall regionstyrelsens beslut skulle anses utgöra en upphandling anser regionen att överklagandet ska avslås då beslutet inte innebär att CGM lidit eller riskerat att lida någon skada.

Regionen anför vidare bland annat följande.

Regionen har genom beslut i regionstyrelsen den 8 oktober 2015 tagit beslut om inriktning av framtida investeringar. De beslut som tas framgår av beslutspunkterna 1 och 2. Övriga delar av beslutet utgörs bland annat av beskrivningar av ärendet, ekonomiska konsekvenser samt juridiska och miljömässiga bedömningar. Dessa övriga delar utgör ett beslutsunderlag för regionstyrelsen men utgör inte något beslut.

Beslutet är ett så kallat inriktningsbeslut. Detta innebär generellt att vissa ramar för eventuella senare beslut sätts upp. Beslutet innebär inte att beslut fattats om att faktiskt förvärva vissa tjänster av Cerner.

I det här fallet har beslutet inneburit att regiondirektören fått i uppdrag att starta ett projekt med viss inriktning. I detta ligger att regiondirektören ska

analysera och utreda förutsättningarna för att kunna genomföra projektet med den inriktning som regionstyrelsen fattat beslut om. Då beslutet inte innebär något beslut om att genomföra konkreta åtgärder, t.ex. starta förhandling eller ingå avtal, krävs att det fattas nya beslut för att eventuella konkreta åtgärder ska kunna vidtas. Ett exempel på ett sådant beslut är beslutet om att genomföra en annonserad förhandsinsyn avseende underhåll, utveckling och support av IT-systemet Melior. Liknande beslut avseende andra ”system”, t.ex. plattformen Melior+ och Cerners standardprodukt för remiss- och svarslösning har inte fattats.

Det framgår ingenstans i beslutets beslutspunkter eller någon annanstans i beslutet att regionen beslutat att förvärva vissa tjänster. Av detta följer naturligt att det inte heller framgår vilken typ av förfarande som ska användas vid förvärvet. Något sådant är ju inte beslutat.

Eftersom beslutet endast är ett inriktningsbeslut är regionen förhindrad att vidta eller verkställa någon rättshandling enbart med hänvisning till beslutet. För att någon rättshandling ska kunna vidtas krävs att andra ytterligare beslut tas. Detta innebär att beslutet som sådant inte har någon rättslig verkan, vilket är en förutsättning för att det ska vara tal om en upphandling som kan överklagas. Beslutet får anses vara en rent förberedande åtgärd.

Sammantaget innebär detta att CGM inte lider eller riskerar att lida skada på grund av beslutet då detta aldrig kan ligga till grund för ingående av avtal eller vidtagande av annan rättshandling.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

*Har överklagandet kommit in i rätt tid?*

Av 6 b § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår att förvaltningsrätten prövar om ett överklagande av förvaltningsrättens avgörande har kommit in

i rätt tid. En förvaltningsrätts bedömning att ett överklagande har kommit in i rätt tid är bindande för kammarrätten, se rättsfallet HFD 2011 ref. 65.

Förvaltningsrätten har gjort bedömningen att CGM:s överklagande har kommit in i rätt tid. Överklagandet ska därför inte avvisas på den grunden att det kommit in för sent.

*Hindrar redan tecknat avtal att överprövning görs?*

Enligt 16 kap. 5 § andra stycket LOU får överprövning inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

CGM:s talan i kammarrätten avser endast Melior+. Den omständigheten att regionen genom att ingå avtal har avslutat upphandlingen av underhåll, utveckling och support av det befintliga systemet Melior hindrar inte överprövning av en upphandling avseende Melior+.

*Förelåg ett överprövningsbart upphandlingsförfarande?*

EU-domstolen uttalade i mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, att en upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som ska användas utgör en särskild fas i förfarandet. I denna fas definieras huvuddragen i förfarandet och den kan normalt endast inträffa i samband med att förfarandet inleds (punkt 36). Domstolen fann att det av en protokollsanteckning från ett möte framgick att ett kontrakt skulle slutas med ett visst bolag och att detta innebar att ett beslut om att använda ett förhandlat förfarande utan föregående uppmaning till anbudsgivning hade fattats senast vid detta möte (punkt 41).

I mål C-26/03, Stadt Halle, tog EU-domstolen ställning till vad som krävs för att ett upphandlingsförfarande ska ha nått det stadium då den upphandlande myndighetens beslut kan bli föremål för överprövning.

Domstolen konstaterade att en ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling (punkt 35). När det däremot är fråga om en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida som har passerat detta förberedande stadium och som kan få rättsverkningar är det möjligt för intresserade personer som på något sätt får kännedom om viljeyttringen att rikta en ansökan om överprövning mot viljeyttringen. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med en person utgör en sådan viljeyttring (punkt 39). Av domstolens svar på den nationella domstolens frågor framgår att när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med en leverantör ska de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i de unionsrättsliga bestämmelserna alltid tillämpas (domslutets punkt 2).

Kammarrätten gör följande bedömning av frågan om en överprövningsbar upphandling förelåg när CMG ansökte om överprövning.

Enligt EU-domstolens avgörande i målet Kommissionen mot Frankrike kan en upphandlande myndighets beslut att använda ett visst upphandlingsförfarande innebära att en upphandling har påbörjats. Av domstolens avgörande i målet Stadt Halle följer dock att det även krävs att en sådan viljeyttring dels avser något mer än ett rent internt övervägande inom den upphandlande myndigheten, dels kan få rättsverkningar. När det gäller beslutets konsekvenser framgår av domstolens avgörande att det inte är nödvändigt att beslutet faktiskt har fått rättsverkningar, utan att det är tillräckligt att det "kan få" rättsverkningar. En upphandling som kan bli föremål för överprövning är därför påbörjad när en upphandlande myndighet genom ett utåtriktat beslut visar sin avsikt att ingå avtal med en viss leverantör.



När en upphandlande myndighet ingår ett avtal med en leverantör om uppgradering av ett IT-system utgör det en upphandling av en tjänst. Regionstyrelsens beslut den 8 oktober 2015 innebar visserligen inte ett slutligt ställningstagande till att avtal skulle ingås med någon leverantör. Däremot framgår det av beslutet att en uppgradering av journalsystemet Melior skulle ske. Uppgraderingen kunde inte genomföras av regionen själv. Beslutet innebar därför att en upphandling skulle genomföras.

I det tidigare nämnda beslutsförslaget anges att uppgraderingen, som i beslutet benämns Melior+, förutom en uppgradering av den tekniska plattformen för Melior skulle innefatta ett remiss- och svarssystem. Visserligen utgör beslutsförslaget som regionen påpekar inte en del av beslutet. Däremot är beslutsförslaget av betydelse vid tolkningen av själva beslutet. Mot bakgrund av det som anges i beslutsförslaget måste regionstyrelsens beslut avseende Melior+ tolkas så att både en uppgradering av den tekniska plattformen för Melior och ett remiss- och svarssystem ingick i det som skulle upphandlas.

När en upphandlande myndighet ska genomföra en upphandling måste den ta ställning till vilket upphandlingsförfarande som ska användas. Detta ställningstagande behöver inte med nödvändighet göras samtidigt som den upphandlande myndigheten tar ställning till vad som ska upphandlas. I det här fallet föreligger emellertid den speciella omständigheten att en uppgradering av den tekniska plattformen för Melior endast skulle kunna levereras av Cerner som äger källkoden till systemet. Regionstyrelsens beslut att Melior skulle uppgraderas innebar därför att regionen inte endast gjorde ett val mellan olika alternativ för vad som skulle upphandlas, utan så vitt avser den tekniska plattformen även valde ett förfarande som uteslöt andra leverantörer än Cerner.

När det gäller remiss- och svarssystemet anges i beslutsförslaget att en uppgradering av den tekniska plattformen var nödvändig för att regionen

skulle kunna använda Cerners standardprodukt för hantering av remisser och remissvar. Enligt beslutsförslaget utgjorde detta förhållande en av utgångspunkterna för förslaget att uppgradera den tekniska plattformen för Melior. Regionstyrelsens beslut måste därför förstås så att regionen inte heller när det gäller remiss- och svarssystemet avsåg att bjuda in några andra leverantörer att lämna anbud.

Genom regionstyrelsens beslut blev valet av upphandlingsförfarande känt utanför myndigheten. Ställningstagandet kan därför inte karaktäriseras som ett rent internt övervägande.

Ställningstagandet till vilket förfarande som skulle användas kunde få rättsverkningar genom dess inverkan på olika leverantörers rätt att delta i upphandlingen. Regionstyrelsens beslut utgör därför en del av en påbörjad upphandling som kan bli föremål för överprövning.

*Finns det skäl för ingripande mot upphandlingen?*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt (likabehandlingsprincipen).

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § och detta har medfört att en leverantör som har ansökt om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

När det gäller frågan om ingripande mot upphandlingen gör kammarrätten följande bedömning.

Regionen har för närvarande två olika journalsystem. Inom specialistvården används Melior som ägs och utvecklas av Cerner. Inom öppenvården

används ett system som kallas PMO och som ägs av CGM. Av regionstyrelsens beslut och av förslaget till beslut framgår att regionen önskade skapa ett konsoliderat journalsystem för både öppenvården och specialistvården samt ett system för hantering av remisser och remissvar. Melior+ var avsett att tillgodose dessa önskemål.

CGM påstår att såväl CGM som andra aktörer skulle kunna leverera både ett konsoliderat journalsystem och ett remiss- och svarssystem. Regionen invänder inte mot det påståendet. Regionstyrelsens beslut om uppgraderingen av Melior medförde emellertid, som nämnts, att regionen valde ett förfarande som uteslöt andra leverantörer än Cerner. Med hänsyn till syftet med upphandlingen, att förvärva ett system som kunde hantera journaler inom både öppenvården och specialistvården och som kunde hantera remisser och remissvar, hade även CGM och andra leverantörer varit tänkbara. Kammarrätten finner därför att det av regionen valda förfarandet strider mot kravet att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt.

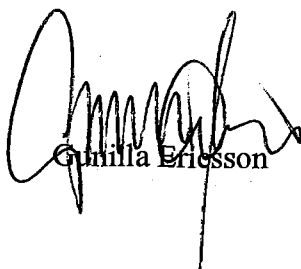
CGM, som levererar liknande produkter och tjänster, skulle genom det valda förfarandet inte få möjlighet att lämna anbud. Därmed uppkom en risk att CGM skulle lida skada. Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen.

Det lagstridiga valet av förfarande hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Kammarrätten finner därför att upphandlingen ska göras om.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

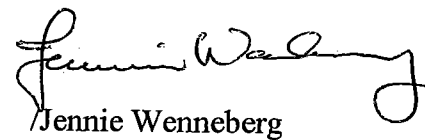
  
Gertrud Forkman

  
Gunilla Ericsson



Axel Hanson

referent

  
Jennie Wenneberg



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**  
2016-04-05  
Meddelad i  
Malmö

Mål nr  
13741-15

**SÖKANDE**

CompuGroup Medical Sweden AB, 556349-5893  
Box 1841  
751 48 Uppsala

Ombud: advokaterna Rickard Haglund och Thomas Lindqvist samt  
jur. kand. Bojana Saletic  
Advokatfirman Hammarskiöld & Co  
Box 2278  
103 17 Stockholm

**MOTPART**

Region Skåne  
291 89 Kristianstad

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår CompuGroup Medical Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

---

Dok.Id 309010

Postadress  
Box 4522  
203 20 Malmö

Besöksadress  
Kalendegatan 6

Telefon  
040-35 35 00  
E-post: kansli1.fma@dom.se  
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax  
040-97 24 90

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:00

### BAKGRUND

Region Skåne (regionen) genomför en offentlig upphandling av underhåll, utveckling och support av regionens befintliga IT-system Melior. Upphandlingen har genomförts med förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. Enligt meddelandet om frivillig förhandsinsyn som publicerats har Cerner Sverige AB (Cerner) tilldelats kontraktet.

### YRKANDE OCH INSTÄLLNING

CompuGroup Medical Sweden AB (CompuGroup) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Alternativt yrkas, för det fall rätten finner att beslutsförslaget inte utgör grund för den aktuella upphandlingen, att upphandlingen ska göras om samt att den direktupphandling avseende de beslut som framgår av beslutsförslaget gällande regionens IT-system Melior, nya moduler och ny plattform ska göras om. Som grund för sin talan anför CompuGroup i huvudsak följande.

Melior är ett befintligt journalsystem som används inom specialistvården och som numera tillhandahålls av Cerner. PMO är ett befintligt journalsystem som används inom öppenvården och tillhandahålls av CompuGroup. Regionen avser nu att konsolidera dessa två befintliga journalsystemen genom att genomföra en uppgradering av Melior. Beslutet att tilldela Cerner kontraktet har föregåtts av ett av regionstyrelsen upprättat beslutsförslag. CompuGroup anser att beslutsförslaget klart och tydligt utgör grund för den aktuella upphandlingen.

CompuGroup har begärt att få ut handlingar med anknytning till regionens avtalsförhållande till Siemens (som tidigare tillhandahöll Melior) och Cerner. Regionen säger sig inte ha tillgång till två av de avtal från åren 1996 och 1999 som ligger till grund för dess avtalsförhållande till Siemens och

Cerner. Detta trots att avtalet utgör en "kontraktshandling" enligt det ramavtal från år 2003 som nu ska gälla. 2003 års ramavtal upphandlades inte enligt LOU och utgör en otillåten direktupphandling. Ett ramavtal får inte gälla längre än fyra år om det inte föreligger särskilda skäl. Det är synnerligen anmärkningsvärt att avtal som tecknades för nästan 20 år respektive 17 år sedan samt i synnerhet 2003 års ramavtal som tecknades för 13 år sedan i något avseende kan anses vara gällande i dag.

Vad som avses med det befintliga IT-systemet Melior klagörs inte i meddelandet om frivillig förhandsinsyn och vad som avses med "uppgradering" av Melior klagörs inte i beslutsförslaget. Det framgår dock att regionen trots flera försök i samarbete med Siemens inte lyckades utveckla ett fungerande elektroniskt remiss- och svarssystem. I samband med att Siemens i augusti 2014 överlät sin division med inriktning mot IT-lösningar för sjukvård till Cerner har diskussioner om att slutleverera inte levererad avtalad remiss- och svarslösning återupptagits med Cerner. Det framgår inte med stöd av vilket avtal sådan leverans skulle ha skett. Den lösning som regionen beställer av Cerner kallas för Melior+. Vad som innefattas i Melior+ går inte exakt att utläsa men kan tolkas som att regionen avser att beställa Cerners standardprogram för ett svars- och remissystem samt utveckling av nuvarande plattform och detta inom ramen för regionens samarbete med Stockholm läns landsting och Västra Götalandsregionen vars ändamål är att utveckla ett gemensamt vårdinformationssystem för hälso- och sjukvården.

Enligt beslutsförslaget avser regionen att Cerner ska leverera den standardprodukt som de tillhandahåller sina andra kunder i stället för avtalad remiss- och svarslösning. En beställning från Cerner handlar om leverans av en standardprodukt som inte på något sätt är knuten till Melior. Inköp av Cerners standardprodukt regleras varken i 1996 års avtal eller i 2003 års ramavtal. Regionens beslut att inköpa Cerners standardprodukt för remiss och svar utgör en väsentlig ändring och utvidgning av 2003 års ramavtal. Beslutet

utgör därför en otillåten direktupphandling. En remiss- och svarsmodul av det slag Cerner avser leverera behöver således inte levereras inom ramen för Melior och är en produkt som övriga leverantörer inklusive CompuGroup skulle kunna leverera eller utveckla eftersom det inte erfordrar tillgång till källkoden för Melior. Regionen har därför inte stöd för sitt påstående att regionen har rätt att direktupphandla Cerners standardprodukt för remiss och svar med hänvisning till att Cerner har ensamrätt till källkoden för Melior.

Enligt beslutsförslaget kan dock nuvarande Melior inte stödja Cerners standardprodukt utan Melior måste vidareutvecklas till en ny plattform som kommer att heta Melior+. Denna utveckling av Melior innebär i själva verket leverans av en helt ny produkt. Eftersom det handlar om införande av en ny produkt/plattform saknar tillgång till källkoden betydelse. Den nya produkten/plattformen som kommer att utgöra grund för både informationssystem för öppenvård och specialistvård kommer att ha en helt annan källkod än nuvarande Melior. Då det handlar om två olika produkter/plattformar anser CompuGroup att beställningen av den nya produkten medför en väsentlig förändring av avtalet. Leveransen avser en helt ny produkt som regionen är skyldig att upphandla. Eftersom regionen inte visat att Cerner på grund av källkoden har ensamrätt att leverera den produkten/plattformen utgör detta en otillåten direktupphandling.

I beslutsförslaget anges vad gäller uppgraderingen av Melior att det inte torde finnas någon annan än Cerner som kan utföra uppgraderingen med tillhörande integrationsarbete. Någon närmare förklaring eller motivering till påståendet ges inte utöver konstaterandet att uppgraderingen rör en del av befintligt och synnerligen komplext journalsystem och att Cerner har ensamrätt att tillhandahålla underhåll, utveckling och support av Melior. Regionen måste styrka att det inte är möjligt för någon annan leverantör än Cerner att genomföra uppdraget. Det räcker således inte att regionen önskar köpa tjänster eller produkter från Cerner utan regionen måste visa att det är



absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas Cerner, något som regionen inte har visat. Undantagsbestämmelsen för direkttilldelning är tillämplig endast under förutsättning att de underliggande avtalen är korrekt upphandlade, se Länsrätten i Stockholms län mål nr 14710-08. I det nu aktuella målet är det avtal – 2003 års ramavtal – som regionen baserar upphandlingen på inte korrekt upphandlat och kan därmed inte ligga till grund för ytterligare direktupphandlingar. Regionen har inte visat att förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU är uppfyllda. I övrigt saknas dokumentation såsom t.ex. ett protokoll i enlighet med 9 kap. 12 § 3 LOU innehållande skälen till valet av förfarande.

Det kan inte utläsas av 2003 års ramavtal att det finns en rätt för regionen att uppgradera Melior. Regionen kan inte uppvisa någon dokumentation angående den granskning av extern juridisk kompetens som sägs ha genomförts angående förslaget om uppgradering till Melior+ och därigenom inte klargjort på vilken grund regionen anser att direktupphandling kan ske. Det är i beslutsförslaget tydligt att beställningen från Cerner i själva verket inte bara syftar till en uppgradering av det befintliga systemet Melior utan till en konsolidering av två separata journalsystem. Enligt vad som anges i protokollet från regionstyrelsens sammanträde är också förslaget att genomföra konsolideringen av de två informationssystemen *som en uppgradering av ett av de befintliga systemen, Melior*. En sådan uppgradering kan inte rätteligen ske enligt det tillvägagångssätt som regionen valt dvs. en direktupphandling. Regionen har inte visat att någon av de delar av upphandlingen som beskrivs av regionen – beställningen av en ”standardprodukt” från Cerner, uppgraderingen till Melior+ och konsolideringen av de två befintliga journalsystemen – uppfyller de krav som LOU föreskriver såvitt gäller de fall då förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillåtet.

Det underhållsavtal som regionen avser att direkttilldela Cerner har en giltighetstid på 10 år men avser underhåll av ett system vars användning kom-

mer att upphöra inom tre år. Att teckna ett sådant avtal saknar logik när det redan finns underhålls- och supportavtal parterna emellan. Den enda anledningen att teckna ett sådant avtal är att införskaffa en ny produkt eftersom Melior har integrationsproblem och ska fasas ut. Cerners tillgång till källkod för Melior är därmed utan betydelse och regionen har inte visat att Cerner är den enda leverantören som kan leverera de efterfrågade produkterna.

Regionen har genom att tilldela Cerner kontraktet genomfört en otillåten direktupphandling i strid med bestämmelserna i LOU. Genom att tillämpa ett förfarande utan föregående annonsering har CompuGroup inte beretts möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Om upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU hade CompuGroup kunnat delta i upphandlingen. Då detta inte varit möjligt har regionens agerande lett till skada.

**Region Skåne** bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Regionen har genomfört en upphandling av underhåll, utveckling och support av regionens befintliga IT-system Melior. CompuGroup synes vara av uppfattningen att regionen genomfört en otillåten direktupphandling samt att beslutsförslaget spelar en roll i vilken tjänst som antagen leverantör ska leverera. CompuGroup redogör för regionstyrelsens beslutsförslag men på vilket sätt beslutsförslaget styrker påståendet om att upphandlingen skulle vara otillåten framgår inte. CompuGroup anför inte heller några andra skäl eller grunder till varför upphandlingen skulle vara otillåten. CompuGroup för fram en rad spekulationer och gissningar om vilken produkt och vilka tjänster det är som kommer att levereras med anledning av upphandlingen.

Regionen är av uppfattningen att beslutsförslaget och vad som framgår av detta saknar betydelse för den nu aktuella frågan då beslutsförslaget inte utgör en del av upphandlingen. Upphandlingen utgörs endast av avtalsutkastet och de bilagor som anges däri. Regionen har för avsikt att förvärva de

tjänster som anges i avtalsutkastet och har avsett att ingå avtal med Cerner om bl.a. uppgradering av IT-systemet Melior. Det som därför, enligt regionens uppfattning, är under prövning i målet är om det funnits förutsättningar för att upphandla avtal genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Av 4 kap. 5 § 2 LOU framgår att det är möjligt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Regionen har en nyttjandelicens avseende IT-systemet Melior och avser genom upphandlingen köpa vissa tjänster bl.a. underhåll, utveckling och support av detta IT-system. För att kunna genomföra dessa tjänster måste leverantören av dessa tjänster ha tillgång till källkoden för nämnt IT-system. Cerner äger aktuell källkod och enligt uppgift från Cerner finns det inget annat företag som genom licens eller på annat sätt getts tillgång till källkoden. Cerner har således sådan ensamrätt till den källkod som är en förutsättning för att kunna utföra de tjänster som upphandlats. CompuGroup har inte ens påstått att de kan leverera tjänsten. Cerner är på grund av ensamrätt till aktuell källkod den enda leverantör som kan utföra den upphandlade tjänsten. Den omständigheten att det som upphandlats utgörs av tjänster som i någon mening ska utföras på ett tidigare upphandlat IT-system ändrar inte det faktum att endast Cerner kan tillhandahålla den aktuella tjänsten.

Frågan om en annan tidigare upphandlad tjänst varit korrekt upphandlad eller inte kan inte prövas inom ramen för det aktuella målet. 2003 års ramavtal har dock varit korrekt upphandlat. 2003 års ramavtal har endast utgjort ett ramavtal i de delar där det varit möjligt att göra avrop t.ex. underhåll och support. Den del som utgör en licensupplåtelse avseende IT-systemet Melior är inte ett ramavtal. Då antagen leverantör måste ha tillgång till aktuell källkod för att kunna utföra tjänsterna måste CompuGroup kunna visa att de genom licens eller på annat sätt har tillgång till denna källkod. Kan de inte visa detta har de inte kunnat styrka att de lidit eller riskerat att lida skada.

Regionens uppfattning är att CompuGroup saknar tillgång till källkoden på sådant sätt att de kunnat utföra tjänsten. CompuGroup kan inte leverera den aktuella tjänsten. Det kan konstateras att det funnits förutsättningar för att kunna genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering varför upphandlingen inte strider mot LOU. Även om upphandlingen skulle visa sig innehålla de brister som CompuGroup påstår har CompuGroup inte lidit eller riskerat lida någon skada då de inte kunnat antas som leverantör.

### SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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 4 kap. 5 § 2 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

CompuGroup har ansökt om överprövning av upphandlingen benämnd underhåll, utveckling och support av regionens IT-system Melior för vilken meddelande om frivillig förhandsinsyn har publicerats. I meddelandet om

frivillig förhandsinsyn anges klart och tydligt att nuvarande avtal ska ersättas med ett nytt underhålls-, utvecklings- och supportavtal och av avtalsutkastet framgår att avtalets omfattning innefattar fortlöpande utveckling och underhåll på systemet samt support. Det står därmed klart att regionen ska ingå ett nytt avtal avseende underhåll, utveckling och support av IT-systemet Melior. Huruvida 2003 års ramavtal utgör en otillåten direktupphandling eller inte är inte föremål för prövning inom ramen för aktuellt mål. Det är således aktuell upphandling avseende underhåll, utveckling och support av IT-systemet Melior som är föremål för förvaltningsrättens prövning.

Det i målet av CompuGroup genomgångna beslutsförslaget *Investeringar 2015 - uppgradering Melior* utgör ett förslag. Beslutsförslaget har i sin tur legat till grund för regionstyrelsens beslut i vilket regionstyrelsen ger regiondirektören i uppdrag att starta ett projekt med inriktning att konsolidera de befintliga journalsystemen Melior och PMO genom uppgradering av Melior som benämns Melior+. Regionen har anfört att beslutsförslaget inte utgör en del av upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit skäl att ifrågasätta denna uppgift. Förvaltningsrätten anser inte heller att regionstyrelsens beslut, att ge regiondirektören i uppdrag att starta ett projekt, utgör en direktupphandling i LOU:s mening.

Regionen avser att tilldela en leverantör ett kontrakt avseende underhåll, utveckling och support av regionens IT-system Melior. Som huvudregel gäller att en offentlig upphandling ska annonseras så att leverantörerna får information om de offentliga upphandlingar som ska genomföras och därmed ges möjlighet att lämna anbud. I 4 kap. 5 § LOU uppställs emellertid undantag från annonseringsskyldigheten. Enligt 4 kap. 5 § 2 LOU får ett kontrakt tilldelas utan föregående annonsering bl.a. om ett kontrakt, på grund av ensamrätt, endast kan fullgöras av en viss leverantör. Att förfarandet ska tillämpas restriktivt beror på att det medger att den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till en enda leverantör utan konkurrensutsätt-

ning. Bevisbördan för att undantaget är tillämpligt åvilar den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten måste således kunna visa att det inte är möjligt för någon annan än den tilltänkta leverantören att genomföra uppdraget. Frågan i målet är således om regionen förmått visa att Cerner har sådan ensamrätt att endast Cerner kan leverera det aktuella upphandlingsföremålet.

Enligt regionen måste leverantören ha tillgång till källkoden för IT-systemet Melior för att kunna genomföra de aktuella tjänsterna, dvs. underhåll, utveckling och support. Vidare gör regionen gällande att Cerner äger aktuell källkod, att det inte finns något annat företag som genom licens eller på annat sätt getts tillgång till aktuell källkod och att Cerner således har ensamrätt till källkoden. Cerners VD har i ett brev bekräftat att Cerner-koncernen äger samtliga immateriella rättigheter till systemet, att Cerner-koncernen innehar en exklusiv ensamrätt att utveckla, lämna support och underhålla systemet samt att Cerner-koncernen inte har beviljat någon tredje part någon av de rättigheter som krävs (t.ex. licens att använda eller modifiera systemets källkod) för att lämna support, utveckla eller erbjuda underhållstjänster till systemets användare.

Förvaltningsrätten finner, utifrån vad som framkommit i målet, att regionen visat att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 2 LOU är tillämplig i aktuell upphandling. Det föreligger således förutsättningar för att tilldela kontrakt utan föregående annonsering. CompuGroup har inte heller visat att bolaget lidit eller riskerar att lida skada på grund av avsaknad av protokoll i enlighet med 9 kap. 12 § 3 LOU.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att CompuGroup inte förmått visa att regionen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. CompuGroups ansökan härom ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 B LOU)**

Louise af Klint

Maria Persson har föredragit målet.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

**Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;**

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.