

# Rättsfallsreferat från branschen

## ÖVERPRÖVNING – UPPHANDLING AV PACEMAKER OCH ICD

Stockholms läns landsting ("SLL") har genomfört en upphandling av ramavtal avseende pacemaker, ICD, elektroder, introducerset med mera. I anbudsinvitan angavs att avsikten var att teckna ramavtal med samtliga anbudsgivare som var kvalificerade. Tilldelning av kontrakt skulle ske genom förnyade konkurrensutsättningar och den första skedde i direkt anslutning till tilldelningsbeslutet för ramavtalet.

Boston Scientific Sverige AB ("Boston") ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet efter den förnyade konkurrensutsättningen och yrkade i första hand att upphandlingen skulle rättas genom att SLL skulle bortse från Octopus Medical AB:s ("Octopus") anbud och i andra hand att upphandlingen skulle rättas på så sätt att Octopus anbud vid utvärderingen skulle tilldelas dels färre poäng samt ett högre utvärderingspris. Som grund för yrkandena har Boston anfört att SLL brutit mot de grundläggande principerna genom att utvärdera Octopus anbud trots att det inte uppfyller samtliga skall-krav vad gäller att samtliga kostnader ska vara inräknade samt genom att vid utvärderingen av Octopus anbud tilldela för låga utvärderingspriser till Octopus. Boston anför utöver det att Octopus tillåtit frångå sitt anbud genom en otillåten förhandling med SLL.

SLL bestred ansökan. Vad gäller frågan om Octopus uppfyllt samtliga skall-krav anför SLL att Octopus angivit att samtliga kostnader ingår i anbudspriset varför kravet är uppfyllt. Vidare anför SLL vad gäller frågan om poängsättningen att det är riktigt att Octopus tilldelats för höga poäng. Vid justering av utvärderingspriserna placeras Octopus på samma plats varför någon åtgärd inte behövs. SLL har inte förhandlat med Octopus utan enbart begärt en komplettering i enlighet med LOU.

Förvaltningsrätten slog fast att Octopus redan från början uppfyllde samtliga skall-krav och att de svar som Octopus lämnat till SLL endast utgör ett tillåtet förtydligande av vad som redan från början gällde.

Vad gäller den felaktiga utvärderingen konstaterade förvaltningsrätten att SLL visserligen medgett ett misstag men då misstaget inte påverkat den inbördes rangordningen kan inte Boston anses ha lidit skada.

Förvaltningsrätten fann att det inte vara visat att det aktuella förfarandet stred mot de principer som anges i LOU vilket gjorde att det saknades förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU. Bostons ansökan avslogs därför.

(Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 15 juni 2011 (mål 4929-11). Domen har efter överklagande till kammarrätten, som inte meddelade prövningstillstånd, vunnit laga kraft.)

## ÖVERPRÖVNING – UPPHANDLING AV PRODUKTER FÖR SÖMNPÄNÉBEHANDLING

Region Skåne och Region Halland ("Regionerna") har genomfört en samordnad ramavtalsupphandling av produkter för sömnapnébehandling i hemmet omfattande CPAP-utrustning och maskor. ResMed Sverige AB ("ResMed") ansökte om överprövning och yrkade i första hand att upphandlingen skulle få avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Philips AB:s ("Philips") och Cephalon A/s:s ("Cephalon") anbud lämnas utan hänsyn och att ResMeds anbud skall antas för området helmask i upphandlingen. I andra hand yrkade ResMed att upphandlingen ska göras om gällande området CPAP samt tillbehör och området helmask.

Som grund för sin talan anförde ResMed att förfrågningsunderlaget saknade en fördelningsnyckel för att säkerställa att avropen sker på objektiv grund. I förfrågningsunderlaget hade endast angett avvikelse från fördelningsnyckel kommer att göras utifrån medicinska grunder. Vidare fanns det ett antal skall-krav som varken uppfyller kraven på transparens eller proportionalitet. ResMed anför även att Philips och Cephalon genom att offerera flera olika typer av produkter inkommit med sidoanbud eller alternativa anbud. Philips har heller inte uppfyllt samtliga skall-krav, bland annat uppfylls inte kravet på att anbud ska vara lämnat på svenska då Philips lämnat en bilaga på engelska. Inte heller Cephalon har uppfyllt samtliga skall-krav då Cephalon inte bifogat samtliga efterfrågade dokument eller svarat på samtliga frågor i förfrågningsunderlaget samt tillåtit inkomma med en otillåten komplettering.

Regionerna bestred ResMeds yrkanden. Vad gäller frågan om fördelningsnyckel anförde Regionerna att patienter och brukare av den medicinska utrustningen enligt svensk lag har ett val vid utrustning för behandling och att patienterna måste samrådas med. På grund av lagkrav samt att det i förfrågningsunderlaget anges när avsteg får ske från fördelningsnyckeln menade Regionerna att förfarandet var förenligt med gällande lag. Skall-kraven i upphandlingen är enligt Regionerna transparenta samt då syftet med kraven inte kan uppfyllas på annat sätt proportionerliga. Eftersom det av förfrågningsunderlaget framkommer att anbudsgivare får offerera flera produkter kan det inte anses oförenligt med transparensprincipen. Vad gäller bristande skall-krav har enligt Regionerna båda anbudsgivarna uppfyllt samtliga skall-krav. Vad avser kravet på att anbud ska vara på svenska konstaterar Regionerna att Philips uppfyllt kravet genom sitt anbud och att den bilaga som är på engelska är överflödigt för bedömningen varför någon vikt inte lagts vid den.

Förvaltningsrätten konstaterade inledningsvis att genom ett nytt tilldelningsbeslut ingår ResMed som leverantör varför ResMeds yrkande att bolaget ska tas med i ramavtalet inte föranleder någon åtgärd.

Vad gäller frågan om fördelningsnyckel konstaterar förvaltningsrätten att då det tydligt i förfrågningsunderlaget angetts hur avsteg från fördelningsnyckeln kan ske strider det inte mot vare sig upphandlingsreglerna eller praxis. Att anbudsgivare offererar flera produkter kan inte betraktas som alternativa anbud utan som flera huvudanbud och därmed enligt förvaltningsrättens mening inte anses strida mot gällande rätt. I förfrågningsunderlaget framgick det dessutom att anbud fick lämnas på flera produkter.

Vad gäller kravet att anbud ska vara på svenska framgår det att de uppgifter som Philips anbud ska bedömas på är på svenska och att informationen på engelska är överflödigt varför inte detta framkallar något ingripande. Även samtliga övriga skall-krav är uppfyllda. Förvaltningsrätten konstaterade dessutom att vad gäller CPAP har ramavtal tecknats med Philip varför någon bedömning av Cephalons kravuppfyllelse saknar relevans även om Cephalon enligt förvaltningsrättens bedömning uppfyllt samtlig skall-krav.

Förvaltningsrätten avslog ResMeds ansökan om överprövning.

(Förvaltningsrättens i Malmö dom den 26 maj 2011 (mål 3188-11 och 3299-11). Domen har vunnit laga kraft.)

## ÖVERPRÖVNING – UPPHANDLING AV ARTIKLAR FÖR PATIENTNÄRA ANALYSER

Västra Götalandsregionen ("VGR") har genomfört en upphandling av ramavtal avseende artiklar för patientnära analyser. I tilldelningsbeslut av den 23 februari 2011 meddelade VGR att annan än Medic24 AB ("Medic24") hade tilldelats ramavtal för produktgrupp 14 Strep A snabbtest. Medic 24 ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen i första hand skulle få avslutas först efter rättelse och i andra hand att upphandlingen skulle göras om.

Som grunder för sina yrkanden anförde Medic24 i huvudsak att Medic24 fått för lite poäng i utvärderingen av ett bör-krav då VGR inte tillmätt det av Medic24 ingivna SKUP-testet samma bevisvärde som en svensk undersökning. Genom detta förfarande hade VGR brutit mot grundläggande EU-direktiv om fri handel, kravet på en objektiv bedömning av redovisade krav enligt LOU samt vedertagen branschpraxis. Medic24 har i anbudet angett SKUP-testet och VGR borde ha

beaktat testet för samtliga krav där testet är tillämpligt även om så inte angetts för samtliga krav.

VGR bestred bifall till ansökan. Vad avser SKUP-testet anför VGR att Medic24 fått full poäng varför VGR inte tillmätt det ifrågavarande testet mindre betydelse än en svensk utvärdering. Det krav där Medic24 inte erhållit maximal poäng saknas i Medic24:s anbud hänvisning till något test. VGR anser inte att det som Medic24 angett under ett krav automatiskt är tillämpligt för andra krav.

Förvaltningsrätten inleder med att konstatera att ett utvärderingskriterium som innebär ett krav på svensk utvärdering strider mot bestämmelserna i LOU. Dock kan inte Medic24 anses lida skada då Medic24 redan i anbudet skulle ha visat på att det av Medic24 angivna testet på ett likvärdigt sätt uppfyllde kravet. Förvaltningsrätten fann inte heller att VGR vid utvärderingen för varje krav skulle tillgodoräknat Medic24 vad som anförts under andra krav. Det av Medic24 angivna testet under ett krav kan därför inte tillgodoräknas Medic24:s anbud även för andra krav. Förutsättningar för ingripande enligt LOU saknades därför och förvaltningsrätten avslog ansökan.

(Förvaltningsrättens i Göteborg dom den 19 april 2011 (mål 2483-11). Domen har vunnit laga kraft.)

## ÖVERPRÖVNING – UPPHANDLING AV TEKNISKA HÖRHJÄLPMEDEL

Västra Götalandsregionen ("VGR") har genomfört en ramavtalsupphandling avseende tekniska hörhjälpmedel – hörapparater inklusive support, tillbehör och reservdelar. GN ReSound AB ("GN") ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om.

GN anförde att utvärderingskriterierna stred mot kravet på transparens då flera utvärderingskriterier saknar information om vad som kommer att tillmätas betydelse. Den utvärdering som gjorts har även varit subjektiv, oförutsebar och felaktig. VGR har även tillåtit komplettering i strid med likabehandlingsprincipen då anbudsgivare genom komplettering och förtydligande tillåtit byta ut produkter och lämna nya priser efter anbudstidens utgång vilket även inneburit att skallkrav i upphandlingen ändrats. Även utvärderingsmodellen strider mot gällande rätt då den leder till missvisande resultat. Vinnande leverantörer har heller inte uppfyllt samtliga skall-krav.

VGR bestred GN:s yrkande. VGR anförde att det finns angivet vad som är av betydelse vid utvärderingen av de olika kraven och att det inte är fråga om fri prövningsrätt. Där en subjektiv bedömning sker

har VGR gjort vad som är möjligt för att utvärderingen ska ske på ett transparent sätt och att bedömningen utgått helt från förfrågningsunderlaget. Vad gäller förtydliganden och kompletteringar är det inte fråga om nya produkter eller nya anbudspriser. Dessutom har förfrågan om förtydliganden och kompletteringar skickats ut till samtliga anbudsgivare varför samtliga anbudsgivare har behandlats lika. De förtydliganden som har skett har inte påverkat vilka anbudsgivare som vunnit upphandlingen. Vidare kan inte utvärderingsmodellen anses ge ett missvisande resultat då det är GN som missuppfattat kraven vad gäller vad som ska offereras vilket inneburit ett för GN missvisande resultat. Vinnande anbudsgivare har uppfyllt samtliga skall-krav.

Förvaltningsrätten konstaterar vad gäller yrkandet om att upphandlingen ska göras om att den komplettering som VGR har gjort har medfört förändringar av förfrågningsunderlaget samt påverkat anbudsvärderingen. Eftersom förändringarna skett efter det att anbudstiden gått ut har förändringarna inte kommit samtliga leverantörer på marknaden till handa. Förändringen räknas som väsentlig och då det finns en risk att GN lidit skada ska upphandlingen göras om.

De utvärderingskriterier som VGR ställt upp kan, även om de innehåller ett visst mått av subjektivitet, inte anses innebära godtyckliga bedömningar i så mån att de strider mot de grundläggande principerna. Även utvärderingsmodellen framgår klart av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten prövar inte huruvida anbudsgivarna uppfyllt skall-krav då det är oväsentligt då upphandlingen ska göras om.

GN yrkar utöver vad som anförts ovan att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara de avtal som VGR tecknat med vinnande anbudsgivare i väntan på att den överklagade upphandlingen avslutas. Avtalen är att anse som otillåtna direktupphandlingar. En överprövningsprocess är

en sådan omständighet som är förutsebar för en upphandlande myndighet och skäl för direktupphandling saknas därmed då tillhandahållandet av hörapparater inte är någon form av akut sjukvård som innebär ett tvingande hänsyn till ett allmänt intresse.

VGR bestred GN:s yrkande om ogiltighet av avtal. VGR anförde att synnerlig brådska förekommit samt att tvingande hänsyn till allmänintresset föreligger. Upphandlingen påbörjades i god tid och den tidsnöd som VGR hamnat i har orsakats av omständigheter som VGR inte kunnat förutse. Hörselrehabilitering omfattas av folkhälsa vilket är ett exempel på tvingande hänsyn till allmänintresse.

Vad gäller yrkandet om ogiltigförklaring av avtal konstaterar förvaltningsrätten att VGR, då det är vanligt att upphandlingar överprövas, borde ha påbörjat upphandlingen tidigare än vad som skett, ett halvår från annonseringstillfället är inte tillräckligt länge. Upphandlingen har gjorts om en gång men då det inte skedde efter en ansökan om överprövning ska det inte tillmätas betydelse. Fråga är om det finns ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Den bedömning som görs ska ske restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som gör att ett avtal ska få bestå. Det är det upphandlande myndigheten som har bevisbördan. Brist på hörapparater är inte av så allvarlig karaktär att det äventyrar människors liv och hälsa varför det inte föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och ogiltigförklarar de avtal som VGR har ingått i väntan på att den överklagade upphandlingen avslutas.

(Förvaltningsrättens i Göteborg dom den 16 maj 2011 (mål 1875-11 och 3963-11). Domen överklagades till kammarrätten och Högsta förvaltningsrätten, vilka inte meddelade prövningstillstånd, varför domen från förvaltningsrätten har vunnit laga kraft.) **MTM**



#### **ANNA ULFSDOTTER FORSELL**

är advokat och delägare i Delphi & Co. Hon är ansvarig för advokatbyråns verksamhet kring offentlig upphandling. Anna har stor erfarenhet av alla upphandlingsrättsliga

frågor och biträder såväl upphandlande enheter som leverantörer. Anna bevakar och skriver om intressanta rättsfall och juridiska nyheter inom upphandlingsområdet för medtechbranschen.