



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Karin Erixon

DOM
2013 -02- 2 8
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 12564-12 E

SÖKANDE

Medical Market I.N.T. Aktiebolag, 556321-0151
 Sehlstedtgatan 6
 115 28 Stockholm

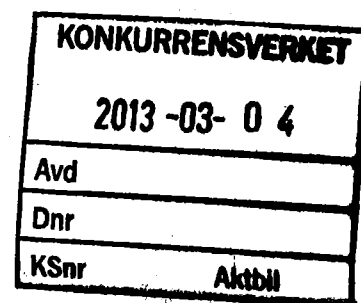
Ombud: Advokat Per Widman
 Advokaterna Liman & Partners HB
 Box 24224
 104 51 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Medical Market I.N.T. Aktiebolags ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför en upphandling benämnd "Intensivvårdsventilatorer Neonatal" avseende inköp av åtta intensivvårdsventilatorer som ska kunna användas för nyfödda barn och små spädbarn vid Neonatalkliniken, Skånes universitetssjukhus. Av tilldelningsbeslut den 29 november 2012 framgår att uppdraget tilldelats Pulmicare AB (Pulmicare).

Medical Market I.N.T. AB har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat att upphandlingen ska göras om. Bolaget har anfört i huvudsak följande. Den kompletterande förfrågan avseende priser för förbrukningsmaterial har varit alltför oklart formulerad och Region Skåne har därmed brutit mot principen om transparens och förutsebarhet vid upphandlingen. Region Skåne har, sedan anbuden kommit in, funnit att anbudsgivarnas svar i fråga om förbrukningsmaterial varit för olika för att kunna jämföras. Man begärde därför förtydligande från samtliga anbudsgivare enligt bl.a. följande:

Vi önskar en komplettering av kostnad för förbrukningsmaterial enligt följande förutsättningar: Priset skall inkludera slangset (som enligt er inrådan använts vid provställning, i annat fall skall slangmodell specificeras), flödessensorer, sensorkabel, vattenkammare och filter i sådan mängd som beräknas behövas till 1 patient i en månad / utrustning under 7 års tid.

Förutsättningen var således att utrustningen skulle gå non-stop, d.v.s. 24 timmar om dygnet, med en patient i en månad under sju års tid. Anbudsgivarna har sedan lämnat mycket olika svar beträffande behovet av s.k. flödessensorer. En flödessensor är en sensor som placeras på slangens mellan ventilator och patient för att mäta och övervaka flödet av syrgas och luft. Enligt Pulmicares förtydligade anbud behövdes 28 flödessensorer för åtta

utrustningar. Enligt Medical Markets anbud behövdes 280 flödessensorer och enligt Däger Medical Sverige AB:s anbud behövdes 336 flödessensorer. I de utrustningar som offererats av Pulmicare och Medical Market används identiska flödessensorer. Vid lika betingelser förbrukas därför lika många flödessensorer oavsett om det är Pulmicares eller Medical Markets ventilatorer som används. Pulmicares anbud utgår ifrån att man behöver byta flödessensorer en gång vartannat år för varje utrustning, d.v.s. totalt 3,5 gånger under en sjuårsperiod. Redan här föreligger en märklighet eftersom kostnaden ju måste beräknas på 4 flödessensorer per utrustning, det går inte att vare sig köpa eller använda halva flödessensorer. Vidare gäller att Pulmicare inte tagit i beaktande att flödessensorn, enligt tillverkarens instruktioner, ska rengöras varje dag. Detta kräver alltså att man för varje utrustning måste ha i vart fall två flödessensorer tillgängliga, d.v.s. en som används och en som desinficeras, vilket innebär att Pulmicares anbud i vart fall måste fördubblas för att vara verklighetsförankrat. Dessutom gäller att patientsäkerheten rimligen kräver att man därutöver har en flödessensor i reserv för varje ventilator, för att undvika driftstopp om en flödessensor slutar fungera samtidigt som den andra rengörs/desinficeras. Slutligen, vilket är av avgörande betydelse, är livslängden på flödessensorerna, enligt tillverkaren MIM, avsevärt kortare än vad Pulmicare angivit. Flödessensorn bör enligt tillverkaren bytas ut efter 30 behandlingscykler. Upphandlingen avser inte förbrukningsmaterial. Anbudsgivarna är således inte kommersiellt ansvariga för uppgifterna i sina anbud på det sättet att man utfäster att förbrukningsmaterialet inte kommer att kosta mer än vad som anges i anbudet. Det är fråga om beräkningar som ska utgöra underlag för en anbudsutvärdering, inte en fråga om några fasta priser. Upphandlingen har inneburit att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet inte antagits. Med normal förbrukning av flödessensorer kommer Region Skånes totalkostnad för att anta Pulmicares anbud vida överstiga totalkostnaden för att anta Medical Markets anbud. Om det varit förutsebart att anbud som inte tog hänsyn till tillverkarens instruktioner eller frågor om patientsäkerhet

skulle godtas i upphandlingen kunde även Medical Market ha avgivit ett anbud med ett alltför lågt antal flödessensorer för att göra sitt anbud attraktivt. Medical Market har således lidit skada eller kan i vart fall komma att lida skada av att principen om transparens/förutsebarhet ha överträtts i upphandlingen.

Region Skåne har bestritt bifall till Medical Markets ansökan om överprövning. Man har anfört i huvudsak följande. Region Skåne kan tvärt emot Medical Markets påstående konstatera att förutsättningarna för ventilatorerna synnerligen väl har specificerats i upphandlingsunderlagets bilaga "Kravspecifikation". Detta görs i ett stort antal uppräknade s.k. skallkrav. Särskilt kan nämnas punkten 5.1 i vilken tydligt anges att den utrustning som offererats ska vara i drift dygnet runt, samtliga dygn, med undantag för den i punkten tydligt angivna maximala stilleståndstiden. Enligt Region Skånes uppfattning har anbudsgivarna därmed haft mycket goda möjligheter att beräkna åtgången av förbrukningsmaterial, vilken av naturliga skäl är olika för de av anbudsgivarna olika offererade erbjudandena. Med hänsyn tagen till dessa tydliga förutsättningar har därefter de olika anbudsgivarna haft att självständigt, för sin respektive offererade utrustning, avgöra behovet av olika slags förbrukningsmaterial såväl som behovet av diverse utbildningsinsatser, förebyggande underhåll etc. Vidare har varje anbudsgivare självständigt prissatt dessa poster. Medical Markets påstående att det förbrukas lika många flödessensorer oavsett om det är Pulmicare eller Medical Markets ventilatorer som används är uppenbart felaktigt. Neonatalventilatorns uppgift är att leverera syre i tillräcklig mängd till patienten och detta görs genom att styra tryck, flöde, luftvolym och eventuellt också temperatur. Genom att hantera dessa parametrar kan man uppnå samma medicinska resultat med delvis olika inställningar. Flödessensorn utsätts alltså för olika tryck, flöden, luftvolym och temperaturer och sensorn slits därmed på olika sätt och olika mycket. Denna slags skillnader i tekniska lösningar hos respektive ventilator leder till skillnad i

åtgång av flödessensorer. Vad Region Skånes expertgrupp kunnat utröna beskriver samtliga inkomna anbud för respektive offererad utrustning fullt ut realistiska resursbehov med avseende på kombination av förbrukningsmaterial, utbildning och förebyggande underhåll. Medical Market söker felaktigt påskina att anbudsgivarna inte är ansvariga för de uppgifter om flödessensorer som de anger i sitt anbud. Den utrustning som upphandlas utgör s.k. medicinteknisk utrustning för vilken ett omfattande i lag reglerat ansvar gäller, t.ex. enligt lagen (1993:584) om medicintekniska produkter. Av aktuella bestämmelser samt förarbetsuttalanden framgår att anbudsgivare är absolut förhindrade att avge ett anbud innehållande oriktiga uppgifter om en medicinteknisk produkts användande. Genom ingivande av anbud ansvarar anbudsgivaren för att efterfrågade funktioner kan uppnås. I syfte att säkerställa att oplanerade driftstopp förhindras under pågående behandling uppställs i kravspecifikationens avsnitt 12 ett antal skallkrav avseende underhåll. Varje anbudsgivare ansvarar för sina i anbudet avgivna uppgifter om bl.a. underhåll och att dessa uppgifter är förenliga med gällande rätt.

DOMSKÄL

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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

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 upphand-

ling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Medical Market har anfört att den kompletterande förfrågan avseende priser för förbrukningsmaterial varit alltför oklart formulerad. Bolaget menar att det inte varit förutsebart att anbud som inte tog hänsyn till tillverkarens instruktioner eller frågor om patientsäkerhet skulle komma ifråga för upphandling. Förvaltningsrätten instämmer i uppfattningen att anbudsgivarna haft att förutsätta att utrustningen ska uppfylla nödvändig patientsäkerhet. Av vad som förekommit i målet går emellertid inte att slå fast att det vinnande bolaget Pulmicare i sitt anbud underlåtit att ta hänsyn till sådana krav.

Förvaltningsrätten anser således att Medical Market inte har förmått visa att Region Skåne skulle ha frångått de kriterier och krav som anges i förfrågningsunderlaget eller att förfarandet inneburit att kraven i 1 kap. 9 § LOU åsidosatts. Skäl för ingripande på de grunder som bolaget anfört föreligger därför inte.

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



Jan Bratt



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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

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

DV 3109/1B LOU

