


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**
DOM
2015-06-23
Meddelad i
Växjö
Mål nr
840-15**SÖKANDE**
 Nordic Med - com AB, 556610-5507
Box 491
503 13 Borås

 Ombud: Advokat Sven-Inge Sandberg
Sven-Inge Sandberg Advokatbyrå
Österlånggatan 45
503 37 Borås

KONKURRENSVERKET	
2015 -06- 2 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART
 Region Kronoberg, Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö
SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nordic Med - com AB:s ansökan om överprövning.

Kammarrättens interimistiska beslut den 24 mars 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 115868

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg genomför en funktionsupphandling av dialys. Regionens dialysenhet har två verksamheter på två sjukhus i Växjö och Ljungby. Upphandlingens syfte är att säkerställa dialysenheternas verksamhet genom en funktionsupphandling. Med detta avses att antagen anbudsgivare tillhandahåller samtlig utrustning och samtliga ingående komponenter, t.ex. fistelkanyler och koksalt för genomförandet av dialysbehandlingar. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Upphandlingen annonserades den 5 februari 2015 och sista anbudsdag var den 18 mars 2015. Avtalsstart är den 1 augusti 2015.

Nordic Med - com AB (Nordic Med) har den 11 mars 2015 ansökt om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten har i beslut den 18 mars 2015 avslagit Nordic Meds yrkande om interimistiskt beslut. Nordic Med har överklagat beslutet och Kammarrätten i Jönköping har i dom den 24 mars 2015 i mål nr 818-15 bifallit överklagandet och förordnat att regionen, såvitt avser Funktionsupphandling Dialys 14 LTK849, inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Nordic Med yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska avbrytas eller göras om. Nordic Med anför bl.a. följande. Upphandlingen står i strid med 1 kap. 9 § LOU och medför en konkurrensbegränsning. Bolaget riskerar att lida skada av den överträdelse som föreligger. Vid utformandet av kravspecifikationen för aktuell upphandling har regionen bortsett från den nya teknik som företaget NxStage som enda företag har utvecklat särskilt för hemHD-dialys och utformat kraven utifrån dialysmaskiner avsedda för sjukhusbruk. Regionen har utformat kraven utifrån att dialys-maskiner avsedda för sjukhusbruk även ska användas vid hemHD-dialys. Regionen har valt att upphandla dialysmaskiner för sjukhusbruk och hemHD-dialys i en gemensam upphandling och det medför att den nya

teknik som NxStage står för utestängs. Upphandlingen är därför direkt konkurrensbegränsande. Åtskilliga av de krav som regionen använt avseende dialysmaskin för hemHD-behandling medför ingen nytta eller är inte relevanta vid dessa behandlingar och står i strid med likabehandlings- och proportionalitetsprincipen samt är diskriminerande och konkurrensbegränsande. Den kravnivå som regionen uppställt i anmärkta punkter i förfrågningsunderlaget framstår inte som rimlig och medför ingen nytta för hemHD-behandlingar och kraven står därför i strid med proportionalitetsprincipen. Kraven innebär även att den enda särskilt utvecklade dialysmaskinen för hemHD-behandlingar som finns på marknaden utestängs från anbudsförfarandet. Kraven medför att endast gammal teknik kommer ifråga och att ny teknik stängs ute.

Det framgår inte hur regionen har kommit fram till sin slutsats att det inte är ekonomiskt möjligt att upphandla hemHD-dialys separat för att det innebär för stora merkostnader, utan att först ha prövat att upphandla dialys sjukhus och hemHD-dialys var för sig. Det är samhällsekonomiskt billigare att utnyttja den teknik som NxStage står för och det är dessutom betydligt säkrare för patienten. Regionen anger att den arbetar för att få fler patienter i hemmet. Såsom offertförfrågan är utformad kan regionen endast påräkna offert från två bolag, vilket i sig är konkurrensbegränsande.

Den avtalstid som landstinget valt strider mot LOU och är konkurrens-skadlig. En upphandlande enhet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

Regionen bestrider bifall till yrkandet och anför bl.a. följande. Upphandlingen är en funktionsupphandling för sjukhusvård. Regionen beräknar att upphandlingsvärdet är cirka 3 miljoner kronor per år, totalt cirka 30 miljoner för hela avtalsperioden. Regionen har i dagsläget 52 dialyspatienter,

varav två behandlas med hemHD-dialys. Med beaktande av att enbart två patienter har hemHD-dialys är det inte ekonomiskt möjligt att upphandla hemHD-dialys separat, eftersom det medför stora merkostnader att ha två olika dialysmaskiner. HemHD-dialys kräver också en service- och supportorganisation samt att personalen ska utbildas för att kunna handha dialysmaskinen. För att kunna erbjuda en patientsäker vård är det en förutsättning att personal på dialysenheterna kan hjälpa till med support för patienter i hemmet. En enhetlig maskinpark innebär att personalen får utbildning i en typ av dialysmaskiner.

Tre leverantörer kan lämna anbud på aktuellt förfrågningsunderlag. Upphandlingen är därmed gjord med beaktande av de konkurrensmöjligheter som finns. Av denna anledning är angivna krav proportionerliga och strider inte mot likabehandlingsprincipen.

Avtalstiden är angiven med beaktande av livstidslängden på cirka 10 år på dialysapparater och vattenreningssystem. Leverantören ska installera och serva två nya vattenreningssystem som ska tillgodose Växjö och Ljungby med rent dialysvatten dygnet runt. Därför är det inte affärsmässigt med en avtalslängd på fyra år med beaktande av de investeringskostnader som krävs för både köpare och leverantör. Upphandlingen är inte en ramavtalsupphandling utifrån lagens definition i 2 kap. 15 § LOU och därför är ramavtalsreglerna inte gällande. Det är inte fråga om senare tilldelning av kontrakt utan regionen förbinder sig att köpa ett antal dialysmaskiner inklusive support och underhåll samt förbrukningsmaterial under avtalsperioden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har 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.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på. Domstolens prövning är begränsad till de omständigheter som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är således Nordic Med som har att visa att regionen har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att Nordic Med har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

Kravet avseende att anbud enbart kan lämnas på hela uppdraget m.m.

Den första frågan i målet är om upphandlingens krav att anbud enbart kan lämnas på hela uppdraget strider mot LOU och principerna om likabehandling och proportionalitet samt om kravet är diskriminerande och begränsar konkurrensen. Kravet innebär att anbudsgivare ska kunna leverera både dialysmaskiner för sjukhusvård och hemHD-dialys.

En upphandlande myndighet har enligt praxis stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48).

Av förarbetena följer att utgångspunkten i LOU är att bidra till genomförandet av den gemensamma marknaden genom att företag i alla medlemsstater ska kunna konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt i medlemsstaterna. Principen om likabehandling förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet, oberoende av sådana faktorer som inte hänför sig till genomförandet av upphandlingen. Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska beaktas t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Likaså ska kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet stå i rätt proportion till upphandlingens art. Principerna i upphandlingsförfarandet ska beaktas i alla faser av upphandlingen. Om principerna iaktas innebär det att kravet på affärsmässighet och utnyttjandet av konkurrensen har tillgodosetts (prop. 2006/07:128 s. 154 ff.).

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om principen åsidosatts ska göras i tre steg som en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. I det första steget ska en bedömning göras av om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. I det andra steget ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Vidare i det tredje steget ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, i detta fall skall-kraven, är nödvändiga för att uppnå de eftersträvade syftena (se Kammarrätten i Stockholms dom den 29 oktober 2012 i mål nr 5451-12).

I punkten 1.3.4 i förfrågningsunderlaget anges att anbud enbart kan lämnas på hela uppdraget.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska kunna leverera dialysmaskiner både för sjukhusvård och för hemHD-dialys. Motiven till det aktuella kravet menar regionen är följande. Det innebär stora merkostnader att ha två olika dialysmaskiner, då för närvarande endast 2 av 52 dialyspatienter behandlas med hemHD-dialys. HemHD-dialys kräver också en service- och supportorganisation samt att personalen ska utbildas för att kunna handha dialysmaskinen. För att kunna erbjuda en patientsäker vård är det en förutsättning att personal på dialysenheterna kan hjälpa till med support för patienter i hemmet. En enhetlig maskinpark innebär att personalen får utbildning i en typ av dialysmaskiner.

Enligt förvaltningsrättens mening har regionen åberopat godtagbara skäl till att anbud enbart kan lämnas på hela uppdraget. Kravet anses lämpligt och nödvändigt för att inte öka kostnaderna samt att enhetlig maskinpark underlättar för personalen och ökar patientsäkerheten. Den negativa effekten att Nordic Med på grund av det ställda kravet inte har möjlighet att lämna anbud på upphandlingen är således proportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

Nordic Med har anfört att endast två bolag kommer att kunna lämna anbud i upphandling. Regionen har å sin sida angett att tre bolag kommer att kunna lämna anbud. Förutsättningarna att lämna anbud har varit lika för alla. Förvaltningsrätten finner inte visat att kraven i förfrågningsunderlaget begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt eller på annat sätt strider mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Således strider inte heller de specifika kraven för dialysmaskinerna mot LOU.

Ramavtalets löptid m.m.

Enligt 2 kap. 15 § LOU avses med ett ramavtal ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under given tidsperiod.

Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

I punkten 2.1.1 i förfrågningsunderlaget anges att detta funktionsavtal reglerar avrop på fullservice av samtliga dialysapparater och vattenanläggningar inklusive allt förbrukningsmaterial mellan beställare och leverantör. I punkten 2.3.1 anges att beställaren betalar pris per behandling. I punkten 2.1.6 anges att avtalet gäller under hela garantitiden från och med den 1 augusti 2015 till den 31 juli 2020 med möjlig option på 2 år + 1 år + 1 år + 1 år. I punkten 2.5.1. anges att garantitiden på utrustningen och system inklusive obligatoriska tillbehör ska vara fem år, efter godkänd slutbesiktning och validering.

Av förfrågningsunderlaget framgår att regionen ska göra avrop på fullservice av samtliga dialysapparater och vattenanläggningar och att regionen betalar per behandling. Avtalet innebär således successivt utnyttjande av ett bindande avtal (jfr prop. 2006/07:128 s. 161). Förvaltningsrätten finner därmed att den aktuella upphandlingen avser ett ramavtal med en leverantör och med alla villkor fastställda för senare tilldelning av kontrakt.


Avtalsperioden för ett ramavtal får normalt inte vara längre än fyra år, om det inte finns särskilda skäl. Vid en avtalstid längre än fyra år är det fråga om ett undantag som ska tillämpas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att särskilda skäl för en längre avramavtalstid än fyra år är befogad (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2011 i mål nr 5609–5629-10).

Regionen har hänvisat till att avtalstiden är angiven med beaktande av livstidslängden på cirka 10 år på dialysapparaterna och vattenreningssystem. Det är inte affärsmässigt med en avtalslängd på fyra år med beaktande av de investeringskostnader som krävs för både köpare och leverantör. Leverantören ska installera och serva två helt nya vattenreningssystem som ska tillgodose Växjö och Ljungby med rent dialysvatten dygnet runt.

Förvaltningsrätten finner att de skäl som åberopats av regionen är kopplade till föremålet för kontraktet. Förvaltningsrätten finner även att regionen visat att det föreligger särskilda skäl för att tillåta att avtalstiden för aktuell upphandling är längre än fyra år.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte skäl att ingripa mot upphandlingen på någon av de grunder Nordic Med anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU)



Per Hansson

Föredragande: Lena Lundblad



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

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

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

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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I 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.