



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1  
 Sune Wennerberg

**DOM**  
**2012 -05- 03**  
 Meddelad i  
 Malmö

Mål nr  
 1520-12E

### SÖKANDE

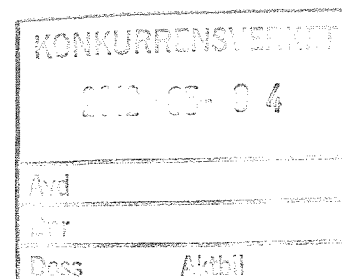
Medtrust Sweden AB, 556719-2223  
 Box 30044  
 216 16 Limhamn

Ombud: Advokat Martin Levinsohn  
 Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB  
 Box 4501  
 203 20 Malmö

### MOTPART

Region Skåne  
 291 89 Kristianstad

Ombud: Åsa Nordström  
 Region Skåne  
 Avdelningen för juridik  
 291 89 Kristianstad



### SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

### DOMSLUT

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

### YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför upphandling av diabetesstickor inklusive mätare, dnr 1101674. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU och består av flera olika positioner. Efter utvärdering av inkomna anbud antogs för position 1 – basmätare (glukos) anbud från Roche Diagnostics Scandinavia AB, Bayer AB och Abbott Scandinavia AB. Anbudet från Medtrust Sweden AB förkastades.

Medtrust Sweden AB (nedan Medtrust) ansöker om överprövning av upphandlingen såvitt avser position 1 – basmätare (glukos) och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom ny utvärdering med beaktande av Medtrusts anbud och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Regionen bestrider Medtrusts yrkande.

Förvaltningsrätten har den 1 mars 2012 på yrkande av Region Skåne beslutat att upphäva den förlängda avtalsspärren i de delar av upphandlingen som avser positionerna 2, 3 och 5.

### DOMSKÄL

#### Relevanta bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 16 kap. LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### Fråga om Medtrust uppfyller skall-krav 3.2 i kravspecifikationen

I kravspecifikationen punkt 3.2 anges att ”Region Skåne lagrar information i Diasend varvid mätaren skall vara kompatibel med Svenska Diasend”. Region Skåne har bedömt att Medtrusts anbud inte uppfyller detta krav och har därför förkastat anbudet.

**Medtrust** har i målet anfört följande. Medtrust har under position 1 offererat diabetesstickor till tre olika diabetesmätare – Calla Dialog, Calla Light och Calla Premium – och har i sitt anbud angivit att samtliga dessa mätare uppfyller kravet och således är kompatibla med svenska Diasend. Region Skåne har inte begärt att anbudsgivarna styrker att offererade mätare är kompatibla med Diasend. Tjänsten Diasend marknadsförs av Aidera AB och av förteckning över kompatibla enheter på Aidera AB:s hemsida framgår att samtliga de diabetesmätare som offererats av Medtrust är kompatibla med Diasend. Vidare framgår av intyg från Disends VD att Medtrusts mätare var kompatibla med Diasend vid tidpunkten för anbudets ingivande. Det strider mot de grundläggande principerna i LOU att vid utvärderingen uppställa krav på att uppfyllelse av ett skall-krav ska visas när ett sådant beviskrav inte framgår av förfrågningsunderlaget. Medtrust uppfyller bevisligen det ställda kravet och Region Skåne har saknat anledning att göra en annan bedömning. Det hade varit enkelt att verifiera detta faktum vid anbudsprövningen. I vart fall åligger det Region Skåne att beakta de uppgifter som framkommit under överprövningsprocessen.

**Region Skåne** har anfört följande. Det bestrids att Medtrusts anbud borde ha antagits. I anbudet svarade Medtrust ”Ja” i detta avseende och det får även noteras att någon kommentar inte lämnades. Det har inte krävts att anbudsgivarna i sitt anbud styrker sitt svar men mot bakgrund av att Region Skåne inte hade erfarenhet av Medtrust som leverantör kontrollerades innehållet i svaret. Kontrollen avseende mätare för professionellt bruk gjordes på den svenska marknaden och Region Skånes expertgrupp har

sökt all tillgänglig information för att fastställa att kravet var uppfyllt. Vid den aktuella tidpunkten för expertgruppens bedömning framkom inte på Diasends publicerade hemsida att efterfrågad basmätare kunde anses uppfylla skall-kravet. Basmätarna var därmed inte kompatibla med svenska Diasend eller motsvarande. Några nya omständigheter har inte framkommit i överprövningsprocessen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av utredningen i målet framgår att Region Skånes expertgrupp vid tidpunkten för utvärderingen bedömt att de av Medtrust offererade basmätarna inte uppfyllde aktuellt skall-krav. Förvaltningsrätten kan dock konstatera, vilket Medtrust anfört i målet, att det av Aidera AB:s (det bolag som marknadsför Diasend i Sverige) hemsida och av intyg från Disends VD framgår att samtliga de diabetesmätare som offererats av Medtrust är kompatibla med Diasend. Den upphandlande myndigheten får enligt likabehandlingsprincipen inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Detta gäller enligt förvaltningsrätten även för sådana uppgifter som blivit kända först i samband med överprövningsprocessen. De uppgifter som nu framkommit i målet avseende Medtrust uppfyllande av aktuellt skall-krav ska således beaktas (jmf Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09). Enligt förvaltningsrättens mening får det i målet anses vara visat att Medtrust uppfyller aktuellt skall-krav. Region Skåne har därför inte haft fog för att utesluta Medtrust anbud från utvärderingen på denna grund.

#### **Fråga om proportionalitet och om Medtrust uppfyller skall-krav 3.8 i kravspecifikationen**

I kravspecifikationen punkt 3.8 anges att ”Mätaren skall lämna glukossvar som kompenserar för B-EVF utanför området 35-50 %, beskriv hur denna compensation sker”. Region Skåne har bedömt att Medtrusts anbud inte heller uppfyller detta krav och har därför förkastat anbudet.

**Medtrust** har i målet anfört följande. Samtliga tre diabetesmätare som Medtrust har offererat i upphandlingen, dvs. Calla Dialog, Calla Light och Calla Premium, levererar korrekta blodglukosvärden i hematokritspannet 30 – 55 %, dvs. i ett spann som är 10 procentenheter vidare än det begärda normalspannet. Medtrust mätare täcker utan behov av kompensation intervallet 30 – 55 vilket omfattar nästintill alla patienter som befinner sig utanför normalområdet 35 – 50 %. Någon beskrivning av hur kompensation sker har inte lämnats eftersom glukossvärden utanför normalintervallet inte lämnas genom kompensation. Underlåtelse att lämna förklaring eller beskrivning innebär därmed inte att skallkravet inte är uppfyllt.

Kravet har givits en mindre lämplig utformning. Region Skåne har önskat uttrycka ett funktionskrav, men utformat kravet på ett sätt att det ger karaktären av en teknisk specifikation. Kompensation har inget värde i sig utan kravet har ställts upp för att det antas medföra att mätare med kompensation kan leverera korrekta glukosvärden utanför spannet 35 – 50 %. Region Skåne måste givetvis godta även andra sätt att uppnå den eftersträvade funktionen. Skall-kravet måste läsas som ett rent funktionskrav, dvs. att alla diabetesmätare som levererar korrekta glukosvärden för patienter med hematokritvärden utanför spannet 35 – 50 % uppfyller kravet oavsett om mätarna använder kompensation. Region Skåne är under alla omständigheter skyldigt att acceptera diabetesmätare som på ett likvärdigt sätt levererar den efterfrågade funktionen. Medtrust offererade mätare uppfyller i båda fallen skall-kravet eftersom de levererar korrekta glukosvärden i spannet 30 – 55 %. Det är i sammanhanget relevant att notera att Region Skåne ansett att Abbotts mätare uppfyllde skallkravet, trots att denna mätare saknade den efterfrågade kompensationsmekanismen. Medtrust anser att detta är en korrekt bedömning men noterar att Region Skåne givetvis måste bedöma de mätare som offererats av Medtrust på samma sätt.

Det aktuella skall-kravet bör förstås såsom innefattandes varken ett krav på att offererade mätare ska använda kompensation eller ett krav på att mätarna ska täcka in ett visst (ospecificerat) hematokritområde utanför 35 – 50

% . Om kravet ska förstås som innefattande endera eller båda dessa krav stridet det mot principen om proportionalitet. Vart och ett av de nämnda kraven är konkurrensbegränsande i och med att de från upphandlingen utesluter produkter som i funktionshänseende är likvärdiga produkter som uppfyller kraven. Det är uppenbart att ett krav på kompensation inte är ett effektivt eller lämpligt sätt att uppnå täckning utanför hematokritområdet 35 – 50 %. Ett fullgott och mindre ingripande alternativ hade varit att kräva just täckning utanför hematokritområdet 35 – 50 % oavsett metod. När det gäller täckning av visst (ospecificerat) hematokritområde utanför 35 – 50 procent finns det enligt Medtrust inte någon rimlig anledning att uppställa krav på att diabetesmätare ska täcka mer än spannet 30 – 55 %. Det är inte rimligt att stänga ute ett stort antal bra och prisvärda mätare från konkurrens i syfte att säkerställa en funktion som med stor sannolikhet aldrig kommer att användas.

**Region Skåne** har anfört följande. Medtrust uppfyller inte skall-kravet då bolaget inte har erbjudit en mätare som fungerar för hela målgruppen patienter. I anbudet har Medtrust angett att basmätaren mäter rätt i angivet intervall, men inte svarat på vad som händer utanför dessa intervaller. Det framgår inte *att* kompensation sker och aktuellt skall-krav är därmed inte uppfyllt.

Mätarna ska användas för den ofta multisjuka delen av befolkningen, d.v.s sjuka och äldre diabetiker där det är synnerligen vanligt med varierande hematokrit, som i vissa fall påverkar glukossvaren. Region Skånes expertis på området har konstaterat att hematokritkorrigerade glukossvar behövs för denna patientgrupp. Skall-kravet är relevant, lämpligt och absolut nödvändigt för att nå avsett syfte, nämligen god patientsäkerhet. Det yttersta syftet med upphandlingen är att ge samtliga patienter i aktuell målgrupp säker vård. Patientsäkerhetskraven ligger detta fall med nödvändighet på hög nivå. Det finns därför inte något utrymme för de tolkningar avseende kravet som Medtrust gör. Hematokritkorrigeringskravet krävs för att ge korrekt svar

på mätningar för alla patienter i aktuell målgrupp. Region Skåne har inte ställt krav på en viss teknik eller metod utan endast efterfrågat anbudsgivarens beskrivning. Region Skånes krav på redovisning av svar i anbudet är relativt enkel och syftet med kravet kan nås utan att ange en exakt godtagbar nivå utanför 35 – 50 %. Skall-kravet kan vidare uppfyllas på flera sätt, t.ex. kan det finnas skillnader i exakt hur intervaller ser ut för olika leverantörer. Det är fullt möjligt att svara med olika lösningar utan att anbudet utesluts. Omvänt skulle man kunna hävda att ytterligare definition av intervallet sannolikt skulle resultera i en konkurrensbegränsning. Det bestrids att bedömningen av Medtrusts anbud kunde ha gjorts annorlunda då Medtrust inte i sitt anbud redogjort för, såsom Medtrust nu anför, att deras mätare lämnar exakta glukossvar utan behov av kompenstationsteknik. Detta är en grundläggande förutsättning för att en uppgift ska kunna beaktas i anbudsprövningen. När det gäller Abbotts anbud framgår det, till skillnad från Medtrust anbud som inte innehåller någon förklaring, klart och tydligt att mätaren inte har någon klinisk påverkan av B-EVF i området mellan 15 – 65 %, dvs. utan särskild kompenstation. Abbotts anbud har därmed uppfyllt skall-kravet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Medtrust har i målet gjort gällande att det aktuella kravet strider mot proportionalitetsprincipen och att kravet är konkurrensbegränsande i och med att produkter som i funktionshänseende är likvärdiga och som uppfyller kraven utestängs från upphandlingen.

Proportionalitetsprincipen innebär att kraven och kriterierna i en upphandling måste stå i en rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven på det som ska anskaffas får således inte gå utöver vad som behövs för att uppnå syftet med upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten måste dock en upphandlande myndighet generellt ha relativt stor frihet att välja vilka krav

man ställer upp under förutsättning att proportionalitetsprincipen inte träds för när.

När det gäller nu aktuellt krav har Region Skåne anfört att det yttersta syftet med upphandlingen är att ge samtliga patienter i aktuell målgrupp säker vård och att hematokritkorrigering är absolut nödvändig för att ge korrekt svar på mätningar för alla patienter i aktuell målgrupp och för att uppfylla patientsäkerhetskraven. Enligt förvaltningsrättens mening så har Medtrust inte förmått visa att det aktuella kravet inte skulle vara lämpligt, effektivt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Kravet kan därför inte såsom Medtrust anfört anses strida mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten kan vidare inte finna att kravets formulering när det gäller kompensation, även om det inte uttryckligen anges, hindrar att den efterfrågade hematokritkorrigeringen kan uppfyllas genom att anbudsgivaren redovisar en annan likvärdig lösning eller annat lämpligt sätt som motsvarar kompensation. Kravet kan därmed inte heller anses vara konkurrensbegränsande.

När det därefter gäller frågan om Medtrust uppfyller aktuellt krav kan förvaltningsrätten konstatera att Medtrust i sitt anbud angett att de offererade diabetesmätarna levererar korrekta blodglukosvärden i hematokritspannet 30 – 55 %. Även om det av Medtrust angivna intervallet är större än det i förfrågningsunderlaget angivna intervallet på 35 – 50 % så kan förvaltningsrätten konstatera att Medtrust utöver detta inte angett någon form av hematokritkorrigering vare sig i form av kompensation eller annan likvärdig lösning eller metod. Vid sådana förhållanden kan Medtrust inte anses uppfylla det aktuella kravet och Region Skåne har således haft fog för att på denna grund förkasta Medtrust anbud. Den omständigheten att Region Skåne accepterat andra anbudsgivares anbud ändrar inte förvaltningsrättens bedömning.



Sammantaget har bolaget inte förmått visa att det aktuella förfrågningsunderlaget i de delar som nu är aktuella skulle vara utformat på ett sådant sätt att det kan anses strida mot LOU. Vidare är det inte visat annat än att Region Skåne haft skäl för sin bedömning att bolaget inte uppfyller samtliga uppställda krav i förfrågningsunderlaget. Det finns således inte skäl för ingripande enligt LOU och Medtrust ansökan ska därför avslås.

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

  
Madeleine Westberg



# 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 uppge 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