



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2018-08-23
Meddelad i Uppsala

Mål nr
1574-18, 1575-18,
1593-18, 1687-18,
1690-18, 1734-18,
1735-18

SÖKANDE

ComfortSystem Scandinavia AB, 556308-9498

Ombud: advokaten Björn Lind
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPARTER

1. Region Västmanland
2. Region Uppsala
3. Landstinget Sörmland
4. Region Gävleborg
5. Landstinget Dalarna
6. Region Örebro län
7. Landstinget Värmland

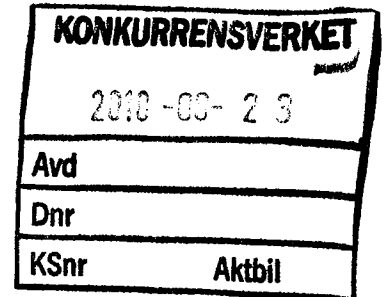
Ombud för 1-7: inköpsjuristen Birgitta Månsson
Landstinget Sörmland
Inköp Sörmland-Västmanland
611 88 Nyköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 242616

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Västmanland, Region Uppsala, Landstinget Sörmland, Region Gävleborg, Landstinget Dalarna, Region Örebro län och Landstinget Värmland (regionerna) genomför en upphandling av hemsjukvårdssängar, sängryggstöd och uppresningsstöd, dnr DU-UPP17-0067. Upphandlingen är uppdelad i flera olika objekt. I tilldelningsbeslut den 8 mars 2018 antogs anbudet från Invacare AB (nedan Invacare) avseende bl.a. objekt 1 och 2. Av upphandlingsprotokollet framgår att regionerna förkastat anbudet från ComfortSystem Scandinavia Aktiebolag (nedan ComfortSystem eller bolaget) avseende objekt 1 och 2 då anbudet enligt regionerna inte uppfyller obligatoriskt krav i p. 3.1.6.1 respektive 3.1.5.1 i kravspecifikationen.

ComfortSystem yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om vad avser objekt 1 och 2. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Kravet på att sänggrinden ska vara minst 40 cm hög går utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till ändamålet. Dagens moderna vårdssängar och madrasser klarar funktion och kvalitetsföreskrifter utan att bygga särskilt mycket på höjden. Sängarna klarar branschens måttkrav mellan madrass och grindens topp utan att grinden behöver vara så hög som 40 cm.

Effekten av det uppställda kravet på grindhöjd blir att det endast finns en produkt på marknaden som kan uppfylla kravet, i detta fall Invacares produkt. Det finns specialvarianter av vårdssängar som kan uppfylla kravet på grindhöjd, men dessa klarar inte andra krav som finns i upphandlingen, t.ex. kravet i punkt 3.1.5.2 om att gavlar och grindar ska ha träliknande utseende. Regionernas krav på produkterna är så preciserade att de är att jämföras med att hänvisa till en viss produkt eller ett visst varumärke. Utformningen

av kravspecifikationen har gynnat Invacare framför alla övriga leverantörer. Regionernas marknadsundersökning visar att ett antal leverantörer, med tillgång till hela sitt produktsortiment, har möjlighet att offerera olika produkter som uppfyller enskilda av de uppställda kraven. Det framgår dock av leverantörernas svar i marknadsundersökningen att kombinationen av krav innebär att endast en leverantör kan lämna anbud. Invacares anbud var det enda anbud som kvalificerades och utvärderades, vilket styrker att det endast är Invacares produkter som uppfyller kraven. Regionerna har i strid med LOU utformat kraven på sängar med Invacares produkt som förebild.

Alla de krav som Regionerna uppställt i upphandlingen återfinns inte i marknadsundersökningen, exempelvis kravet på träliknande utseende. Regionernas påstående om att kravet på träliknande utseende skulle kunna uppfyllas genom en dekortejp/plast har inte på något sätt redovisats eller kunnat förstås tidigare och är inte heller något som är vedertaget i branschen. Om detta hade framgått av förfrågningsunderlaget hade ComfortSystem kunnat utforma sitt anbud på ett helt annat sätt. Upphandlingen måste, under dessa förhållanden, göras om redan på denna grund.

Det saknas anledning att efterfråga en säng med så hög sänggrind som 40 cm för att tillgodose säkerheten. Tvärtom ökar detta risken för fallolyckor och för att vårdtagaren ska känna sig instängd. Regionerna har bevisbördan för att visa att åtgärder är nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Regionerna har angivit att kravet på en 40 cm hög grind är motiverat med anledning av förekomsten av trycksår. Alla med trycksår behöver inte använda specialmadrasser. Trycksår delas in i kategori 1-4, beroende på hur allvarliga de är. Madrasser som är förebyggande och behandlande delas upp på samma sätt, där majoriteten av madrasser upp till kategori 1 och 2 för trycksår är skummadrasser, vilka idag har en höjd på

13-14 cm. Madrasser som är behandlande för trycksår av kategori 3 och 4 är luftmadrasser/antidecubitusmadrasser, vilka i regel är tjockare, cirka 20-25 cm.

I studier genomförda inom vården (se bl.a. rapport skriven av Nordic Health Economics, "Trycksår i Sverige – kunskapsöversikt och beräkning av kostnader för slutenvården") uppskattas att cirka 15 procent av alla brukare inom vården har trycksår i någon form. Av trycksåren är 78 procent av kategori 1 eller 2, som inte kräver tjockare madrasser än 13-14 cm och därmed inte heller en grind som är högre än 35-36 cm. Det innebär i sin tur att endast 3,3 procent av alla patienter har behov av en högre madrass och därmed en högre grind. Studien avseende trycksår i slutenvård är relevant då trycksårsproblematiken är likvärdig oavsett sammanhang. Andelen trycksår är snarare lägre inom hemsjukvård och särskilda boenden än inom slutenvården.

Regionernas redovisning avseende den redan upphandlade madrassen Dacapo Comfort Plus, bekräftar att kravet om en grindhöjd på 40 cm inte är relevant. Dacapo Comfort Plus är 14 cm hög. Utifrån svensk standard ska grindhöjden vara minst 22 cm från madrassens liggyta till överkant på grinden. Därför räcker det med en grindhöjd om 36 cm (14 cm+22 cm) för att uppfylla standarden. Kravet på en grindhöjd om 40 cm är därmed inte nödvändigt i de flesta fall. De fåtal fall där en grind som är högre än 35-36 cm behövs, kan lösas genom en grindförhöjare som enkelt och helt verktygslöst sätts på befintlig grind. Det saknas därför anledning att ställa krav på att alla grindar ska vara minst 40 cm höga. Av regionernas yttrande framgår dessutom att regionerna sedan tidigare upphandlat ett stort antal sängar med grindhöjd 40 cm. Det obligatoriska kravet är därmed inte förenligt med principen om proportionalitet och relevans.

Om man till den av regionerna upphandlande madrassen Dacapo Comfort Plus adderar en bäddmadrass om 6 cm alternativt 10 cm, för att hantera de begränsade fall som avser trycksår, blir madrasshöjden, rätteligen 20-24 cm. Även en madrasshöjd om 18-24 cm, som regionerna angivit, innebär att grindhöjden i dessa fall, för att uppfylla relevant standard, måste vara 40-46 cm. Kravet i upphandlingen är en grind om 40 cm, vilket innebär att denna grind inte kommer att tillgodose regionernas hela behov av en förhöjd grind när det förekommer trycksår. Om man tillämpar korrekt madrasshöjd (20-24 cm) kommer inte den efterfrågade grinden om 40 cm vara tillräcklig i något av de av regionerna anförda undantagsfallen. Regionerna måste ändå använda en grindförhöjare i de fall då totalhöjden på madrassen överstiger 18 cm. Det är således visat, även med regionernas egen argumentation, att det i merparten av alla fall är tillräckligt att ha en lägre sänggrind än 40 cm. I de relativt få fall som det krävs en högre grind hanteras det enkelt genom en grindförhöjare, vilket kommer att vara nödvändigt även med kravet på en grind om 40 cm. Eftersom regionernas krav avseende grindhöjd således inte är nödvändigt för att uppnå det efterfrågade syftet och det i vart fall finns mindre ingripande sätt att hantera behovet på, strider kravet på en sänggrind om 40 cm mot principen om proportionalitet och relevans. Det finns därmed grund för ingripande.

Regionerna har inte visat att det inte finns något mindre ingripande alternativ till det uppställda kravet på grindhöjd och kravet har på ett otillåtet sätt missgynnat ComfortSystem som har lidit skada. Eftersom felet i förfrågningsunderlaget är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen för objekt 1 och 2 göras om.

Regionerna motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Till grund för kravet på grindhöjd ligger både arbetsgruppens fokus på trygghet och patientsäkerhet, baserat på mångårig erfarenhet av behov och önskemål från patienter och kunder, samt den marknadsundersökning som genomfördes inför upphandlingen. Syftet med marknadsundersökningen var att undersöka marknaden för att ställa relevanta krav på upphandlingsobjekten. Leverantörer fick svara på ett antal frågor och utifrån svaren har regionerna tagit fram kravspecifikationen i upphandlingen. I marknadsundersökningen har samtliga tillfrågade leverantörer angett att de klarar ett krav på 40 cm i höjd. Att en leverantör, trots att den angett att den kan uppfylla ställda krav, väljer att inte offerera i enlighet med kraven är inget som kan ligga regionerna till last.

De senaste åren har man inom vården mer och mer börjat uppmärksamma problem med trycksår, både hos inneliggande patienter och i hemmen. En ökad medvetenhet om vikten av att förebygga trycksår, har lett till att så kallade antidecubitus-madrasser idag är vanligt förekommande i vårdängar. Dessa madrasser är högre än vanliga madrasser, vilket innebär att det blir mindre kvar av grinden, vilket kan innebära ökad risk för fall ur sängen.

Regionerna har i upphandlingen tagit hänsyn till direktiv 93/42/EEG samt Svensk Standard SS-EN 60601-2-52 gällande grindhöjder på vårdängar. Standarden anger att det bör vara minst 22 cm kvar av grinden, räknat från madrassens liggyta till överkant på grinden. Måttet baseras på antagandet att en sidoliggande patient då har undre kroppshalvan skyddad av grinden och att patienten därmed inte kan rulla/falla ur sängen av misstag.

I en vårsäng med grindhöjd 36 cm kan man ha en madrasshöjd om endast 14 cm för att rekommendationen om 22 cm kvar av grinden ska uppnås. Regionerna har lång erfarenhet av vårsängar med grindhöjd på 36 cm. Vid den senaste upphandlingen 2014 upphandlades dock vårsängar med grindhöjd på 40 cm, vilket i verksamheterna varit en stor fördel då det underlättat användningen av antidecubitus-madrasser. Att återgå till ett standardsortiment av vårsängar med lägre grindar innebär ett ökat behov av montering av s.k. grindförhöjare för att uppnå tillräcklig grindhöjd. Detta skulle innebära extra arbete och ökade kostnader för verksamheterna. Kravet är proportionerligt och likabehandlande.

Den studie om trycksår i slutenvård som bolaget hänvisar till är inte relevant då den aktuella upphandlingen avser hjälpmedel för hemsjukvård och särskilda boenden.

Regionerna är hänvisade till det madrassortiment som är upphandlat i regionerna. Den skummadrass som finns upphandlad, Dacapo Comfort Plus, används i aktuella verksamheter enbart som basmadrass. Den förskrivs aldrig till patienter med trycksår. Om en patient får en rodnad eller ett mindre sår, förskrivs vanligen den upphandlade bäddmadrassen Optimal 5zon (6 cm hög) eller luftmadrass CuroCell SAM (10 cm hög). Båda läggs då ovanpå den egna madrassen. Total madrasshöjd kan därmed variera, vanligen mellan 18-24 cm, beroende på hur hög basmadrassen under är. Att som hjälpmedelsverksamhet behöva köpa in extra tillbehör i form av grindförhöjare till en stor mängd vårsängar är både kostnadsdrivande och orsakar merarbete för personal och forskrivare.

De aktuella sängarna används i människors hem. Kravet på träliknande utseende grundar sig i att det ska bli en trevlig hemmiljö. Kravet innebär inte att grindar och gavlar faktiskt måste tillverkas i trä, utan man kan välja att exempelvis sätta på en dekortejp/plast, vilket alla leverantörer har möjlighet att göra.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får som huvudregel själva bära ansvaret för utredningen. I de aktuella målen är det bolaget som har bevisbördan för att det finns grund för att ingripa mot upphandlingen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 53.

För att kunna ingripa mot upphandlingen krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av samma bestämmelse framgår även att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Upphandlingsdokumenten

I 3.1.6.1. i kravspecifikationen för objekt 1 (hemsjukvårdssäng, elektriskt reglerbar) anges att sängen ska ha en integrerad grind som ska vara minst 40 cm hög från liggytan.

I 3.1.5.1. i kravspecifikationen för objekt 2 (hemsjukvårdssäng med enkel hanterbarhet, elektriskt reglerbar) anges att sängen ska ha en integrerad grind som ska vara minst 40 cm hög från liggytan.

Förvaltningsrättens bedömning

I RÅ 2010 ref. 78 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) bl.a. följande. När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. De krav som uppställs måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten och får inte strida mot principerna för upphandling. I målet var fråga om upphandling av suturer och upphandlande myndighet hade ställt som krav att suturerna inte skulle innehålla ämnet triclosan. HFD ansåg att ett krav att produkterna av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne har en koppling till det som ska upphandlas. Vidare ansåg HFD att kravet hade en objektiv utformning och att kravet inte diskriminerade någon leverantör. HFD fann vidare att det utifrån den bedömningen inte fanns anledning att pröva ifall det innebar någon egentlig vinst för miljön att undvika suturer behandlade med triclosan.

Regionerna har i nu aktuell upphandling uppställt krav på att sängarnas grindar ska ha viss minsta höjd. Kravet har motiverats med att för det fall en extra madrass används vid trycksårsproblematik behövs en grind med den höjden för att avståndet mellan madrassen och sänggrindens övre del ska uppfylla svensk standard och för att förhindra fallrisk. Regionerna har även uppgett att användande av grindförhöjare medför merarbete och ökade kostnader. I målet får anses utrett att den efterfrågade grindhöjden inte alltid är nödvändig och i vissa fall, med hänsyn till vilken madrass som används, krävs en högre grind. Bolaget menar att regionerna kan använda sig av grindförhöjare och att montering av grindförhöjare är enkelt. Trots det som

bolaget anfört kan det uppställda kravet enligt förvaltningsrättens mening inte anses godtyckligt eller osakligt utan kravet har en tydlig motivering och ett tydligt syfte. Kravet i sig kan inte anses vara diskriminerande.

Bolaget har vidare anfört att de krav på objekten som uppställts inte samtidigt kan uppfyllas av andra leverantörer än Invacare. Att endast Invacare och ComfortSystem lämnat anbud i upphandlingen i dessa delar visar dock enligt förvaltningsrättens mening inte att så är fallet. ComfortSystem har som exempel angett att kravet på träliknande utseende för gavlar och grindar inte kan uppfyllas samtidigt med kravet på viss grindhöjd. Förvaltningsrättens bedömning utgår från de handlingar som parterna gett in i målet och rätten har inte tagit del av kravspecifikationen i sin helhet. Enligt förvaltningsrättens mening utvisar inte de ingivna underlagen att endast en leverantör kan uppfylla kraven på produkterna eller att kraven är sådana att de på ett otillbörligt sätt missgynnar andra leverantörer än Invacare. Vad gäller kravet på att gavlar och grindar ska ha ett träliknande utseende anser förvaltningsrätten att kravet inte är oproportionerligt eller alltför otydligt. Förvaltningsrätten anser därmed att upphandlande myndigheter, genom att uppställa krav om att sängarna ska ha en grindhöjd om minst 40 cm och genom att uppställa krav om att gavlar och grindar ska ha ett träliknande utseende, inte har brutit mot LOU. Det finns därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

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

Eva Frånlund Althin
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Helene Källse.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.