



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2015-10-12
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
8545-15

KONKURRENSVERKET	
2015-10-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Dräger Medical Sverige AB, 556629-5100

Ombud: Pär Cronhult och Viktor Robertson
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att ramavtalsupphandlingen av intensivvårdsventilatorer, dnr RS 1023-2015, ska göras om.

Dok.Id 365289

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en ramavtalsupphandling av *Intensivvårdsventilatorer*, dnr RS 1026-2015. Av tilldelningsbeslut framgår att VGR avser att teckna avtal med annat bolag än Dräger Medical Sverige AB.

YRKANDEN M.M.

Dräger Medical Sverige AB (Dräger eller bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. VGR har brutit mot bestämmelsen i 5 kap. 3 § LOU genom att upphandla aktuellt ramavtal för att löpa under längre tid än fyra år utan att det föreligger särskilda skäl. Den längre avtalstid som härigenom uppkommit riskerar att begränsa konkurrensen på den aktuella marknaden på ett sätt som medfört eller riskerar medföra skada för bolaget, vilket härigenom utestängs från möjligheten till framtida anbudsgivning under en längre tid än vad som följer av lag. Avtalet har ett beräknat kontraktsvärde på 14 miljoner kronor och värdet överstiger således gällande tröskelvärde för kommunal upphandling. Av anbudsinbjudan framgår att avtalet ska löpa från och med den 15 september 2015 till och med den 14 september 2020, med möjlighet till förlängning i sammanlagt 24 månader till och med den 14 september 2022. Upphandlingen avser således ett sjuårskontrakt. Av 5 kap. 3 § LOU följer att ramavtal får löpa längre än fyra år endast om det finns särskilda skäl. I fråga om undantaget vid särskilda skäl framgår det av aktuella lagförarbeten, prop. 2006/07:128 s. 334, att sådan grund kan anses föreligga exempelvis i fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas eller om föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför behov av stora investeringar för leverantören vilka ska kunna skrivas av under avtalstiden. Av nämnda lagförarbeten och av EU-domstolens dom i kommissionen mot Tyskland, mål

C-20/01 och C-28/01, framgår vidare att det är den upphandlande myndighet som åberopar en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det föreligger en undantagssituation. I upphandlingen föreligger det inte några särskilda skäl för undantag. Det kan även noteras att VGR tidigare har upphandlat liknande varor med en lagenlig avtalstid motsvarande fyra år.

Dräger har fått sitt anbud förkastat i upphandlingen och har således ett på unionsrätten grundat intresse av att komma i fråga för en ny anbudsgivning i samband med VGR:s kommande upphandlingar avseende aktuella varor.

Dräger lider skada av att en ny upphandling, enligt avtalets nuvarande utformning, kommer ske tidigast år 2020. Eftersom den påtalade överträdelsen påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

VGR bestrider Drägers ansökan och anför i huvudsak följande. Det finns särskilda skäl för att låta ramavtalet löpa längre tid än fyra år. Ramavtalets tid strider varken mot 5 kap. 3 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Den aktuella upphandlingen avser intensivvårdsventilatorer som är en livsuppehållande medicinsk utrustning. Av anbudsinbjudan framgår att VGR har ett förväntat behov motsvarande 27 intensivvårdsventilatorer. Avtalet avser i första hand leverans av utrustning till två av VGR:s sjukhus och totalt kontraktsvärde har uppskattats till 14 miljoner kronor. Den förväntade livslängden för den upphandlande utrustningen är ca tio år och utrustningen har en avskrivningstid på sju år. Vidare är inköp av intensivvårdsventilatorer en mycket kostsam investering för verksamheten. Ventilatorerna byts successivt ut i enlighet med en fastställd utbytesplan. Med hänsyn till utrustningens livslängd och avskrivningstid samt den höga investeringskostnaden löper utbytesplanen under längre tid än fyra år. Det förekommer även att verksamhetens ekonomiska situation medför att planerade investeringar måste skjutas på framtiden. Personal inom hälso- och sjukvården arbetar med en stor mängd livsuppehållande medicinteknisk utrustning som t.ex. ventilatorer, pumphar, dialysmaskiner och övervakningsmonitorer. Ofta sker

snabba förändringar i patientens tillstånd varför det är nödvändigt att personalen är van och trygg att hantera den aktuella utrustningen. Genom att hålla nere antalet olika fabrikat som personalen måste kunna hantera i sitt arbete till ett minimum kan patientsäkerheten upprätthållas. Med hänsyn till de höga investeringskostnaderna för den aktuella utrustningen är det inte ekonomiskt försvarbart att byta ut utrustningen innan dess livslängd löpt ut. Eftersom livslängden och därmed utbytesplanen för den aktuella utrustningen överskrider fyra år riskerar en ramavtalstid om maximalt fyra år att medföra att avrop för att byta ut befintlig utrustning på en avdelning kan komma att ske från olika ramavtal. Avrop från olika ramavtal innebär i sin tur att befintlig utrustning ersätts av olika typer av fabrikat vilket utgör en risk mot patientsäkerheten. För att kunna upprätthålla patientsäkerheten skulle VGR behöva byta alla ventilatorer under en fyraårsperiod trots att befintlig utrustning inte är uttjänt. Ett sådant förfarande skulle medföra en orimlig kostnadsökning för upphandlande myndighet.

Dräger anför i yttrande tilläggsvis i huvudsak följande. Av det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) framgår att undantag från den annars gällande huvudregeln om fyraårskontrakt endast kan komma ifråga vid vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för kontraktet. Enbart omständigheter som har koppling till själva kontraktsföremålet kan läggas till grund för undantag, se även Kammarrätten i Stockholms avgörande den 23 mars 2011 i mål nr 5609—5629-10 och prop. 2006/07:128 s. 334. När det gäller den av VGR åberopade omständigheten att upphandlade ventilatorer kommer att ha en avskrivningstid på sju år avser detta de avskrivningar som myndigheten själv kommer att tillämpa efter genomförda inköp/avrop. Av lagförarbeten framgår emellertid att undantag vid särskilda skäl kan komma ifråga om föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringskostnader för *leverantören* vilka ska betala sig under avtalstiden. Vad VGR tillämpar för avskrivningstid på sin inköpta materiel saknar således betydelse för bedömningen av om särskilda skäl

föreligger. Något påstående om att det aktuella ramavtalet skulle medföra investeringar för leverantören har inte ens framförts, än mindre visats, av VGR. Vad gäller invändningen om att VGR vid en fyraårig avtalstid skulle bli tvungen att avropa från skilda ramavtal har Dräger svårt att se vilken relevans detta skulle ha för prövningen i målet. Konsekvensen av andra upphandlade avtal saknar sådan koppling till föremålet för kontrakten som kan beaktas vid bedömningen av särskilda skäl. Vad gäller VGR:s invändning om risk för patienthälsan kan Dräger överhuvudtaget inte vitsorda att någon sådan risk föreligger. Argument om patienthälsan har inte heller ansetts medföra grund för undantag i ovan åberopat kammarrättsavgörande. Kammarrätten konstaterade att de omständigheter som möjliggör undantag för fyraårsregeln ska vara kopplade till föremålet för kontraktet. De i målet påstådda hälsoriskerna ansågs inte medföra någon sådan koppling till kontraktet att dessa kunde läggas till grund för undantag enligt 5 kap. 3 § LOU. I stället hänförde de sig till konsekvenserna av en framtida upphandling och kunde därmed inte läggas till grund för bedömningen i målet. I likhet med förhållandena i detta mål saknar VGR:s nu aktuella invändning angående konsekvenserna av framtida upphandling och ett eventuellt byte av leverantör/produkt sådan koppling till kontraktsföremålet som kan läggas till grund för undantag. Den av VGR påstådda utbytesproblematiken föreligger oavsett ramavtalstidens längd eftersom ett leverantörsutbyte alltid kan komma att ske efter avtalstidens utgång.

VGR anför i yttrande tilläggsvis i huvudsak följande. Det framgår visserligen av lagens förarbeten att stora investeringar för leverantören kan utgöra särskilda skäl att tillämpa en längre ramavtalstid än fyra år. Det framgår dock att skrivningen endast utgör en exemplifiering av när det kan anses föreligga särskilda skäl. Det ska även noteras att det varken i direktivtexten eller i EU-kommissionens tolkningsmeddelande anges att förutsättningen för att kunna tillämpa längre avtalstid än fyra år är begränsad till de fall upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leve-

rantören. Det måste vara möjligt att beakta även andra omständigheter än leverantörens investeringskostnader. VGR kan inte vitsorda att det med hänvisning till den kammarrättsdom Dräger åberopar i målet går att utesluta att det i nu aktuellt fall skulle vara möjligt att, med hänvisning till patientsäkerhetsskäl, tillämpa en längre avtalstid än fyra år. Av nämnda dom framgår att kammarrätten inte godtog att risken för avbrott i vaccineringen av unga flickor utgjorde särskilda skäl att tillämpa en längre ramavtalstid än fyra år. I den nu aktuella upphandlingen är dock situationen på några avgörande punkter annorlunda. Skälet till att tillämpa en längre avtalstid i den nu aktuella upphandlingen är i stället kopplat till att myndigheten upphandlar livsuppehållande utrustning som personalen måste kunna hantera i stressade och akuta situationer. Det är således upphandlingsföremålets egenskaper och dess betydelse för patientsäkerheten som utgör särskilda skäl att tillämpa en längre avtalstid än fyra år och inte risken för avbrott i tillhandahållandet av upphandlingsföremålet vid en eventuell framtida överprövning. Om upphandlande myndighet skulle vara förhindrad att ingå ramavtal med längre avtalstid än fyra år skulle VGR, i syfte att upprätthålla patientsäkerheten, tvingas köpa in nya intensivvårdsventilatorer trots att det fanns fullt fungerande intensivvårdsventilatorer i verksamheten. Med hänsyn till den ekonomiska verklighet som VGR:s verksamheter verkar i saknas det förutsättningar att köpa in intensivvårdsventilatorer under en sådan begränsad tid som fyra år. Med hänsyn till redan befintlig utrustnings livslängd måste ett sådant förfarande anses samhällsekonomiskt oförsvarbart.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår 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 gjorts.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det föreligger sådana särskilda skäl som medför att avtalstiden kan bli längre än fyra år. Det är i målet ostridigt att den aktuella avtalstiden är fem år med möjlighet till förlängning i två år.

Av 5 kap. 3 § LOU framgår att ramavtalstiden får vara längre än fyra år endast om det finns särskilda skäl. I förarbetena till bestämmelsen anges bl.a. följande. Paragrafen motsvarar artikel 32.2 fjärde stycket i direktivet. Enligt den bestämmelsen får ett ramavtal "inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet". – Det är oklart vad som menas med "vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet". Beaktandesats 11 ger ingen

ledning vid tolkningen av bestämmelsen. Regeringen är, i likhet med utredningen, av uppfattningen att ett krav på att särskilda skäl ska finnas bör motsvara direktivets undantagsfall. Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl skall vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. – Utredningen har ansett att det är svårt att ange något exempel när bestämmelsen kan tillämpas. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka skall betala sig under avtalstiden (prop. 2006/07:128 s. 334).

Det är endast i undantagsfall befogat med en längre ramavtalstid än fyra år (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2011 i mål nr 5609--5629-10). Ett exempel på sådana situationer där en längre avtalstid kan bli aktuell är, som ovan nämnts, när det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden.

Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år föreligger. VGR har anfört att det finns särskilda skäl för den långa avtalstiden på grund av att livslängden och utbytesplanen för den aktuella utrustningen överskrider fyra år och då riskerar en ramavtalstid om maximalt fyra år att medföra att avrop för att byta ut befintlig utrustning på en avdelning kan komma att ske från olika ramavtal vilket i sin tur innebär att befintlig utrustning ersätts av olika typer av fabrikat vilket utgör en risk mot patientsäkerheten.

De särskilda skälen ska enligt uttalanden i förarbetena vara knutna till föremålet för kontraktet och därför också hänföra sig till den aktuella upphandlingen. VGR har anfört att patientsäkerheten kan komma att riskeras om

VGR måste avropa intensivvårdsventilatorer från olika ramavtal och att sjukvårdens personal därför skulle ha att hantera intensivvårdsventilatorer av olika fabrikat. Dessa skäl får anses vara kopplade till eventuella konsekvenser av en framtida upphandling och inte till nu aktuell upphandling. Även om den uppräknning som görs i förarbetena ses som exemplifierande kan inte den problematik kring utrustningens livslängd, avskrivningstid samt den höga investeringskostnaden för VGR anses innebära att det föreligger sådana särskilda skäl som krävs för att ramavtalet ska kunna löpa under längre tid än fyra år. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att VGR inte har visat att förutsättningarna enligt 5 kap. 3 § LOU är uppfyllda i målet.

Den längre avtalstiden om mer än fyra år kan komma att begränsa konkurrensen i framtiden varför Dräger riskerar att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom den aktuella bristen förelåg redan i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

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



Peter Kockum

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Markus Zander.



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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.