



SÖKANDE

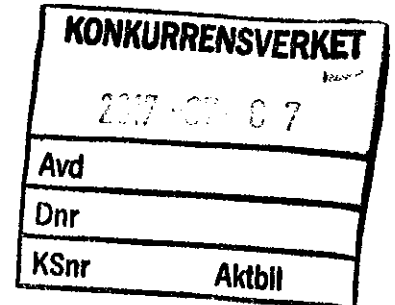
DTMS Nordic AB, 559004-0167
Fjordbacken 6
472 95 Varekil

MOTPART

Stockholms läns sjukvårdsområde, SLSO
Box 45436
104 31 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår DTMS Nordic AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 840786

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns sjukvårdsområde (SLSO) genomför en upphandling av utrustning för Transkranial magnetstimulering TMS (Dnr. SLSO16-1327). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU med ekonomiskt med fördelaktiga anbud som tilldelningsgrund. Av tilldelningsbeslutet den 14 mars 2017 framgår att SynMed Medicinteknik AB tilldelats avtalet.

DTMS Nordic AB (DTMS) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. TMS är en framväxande teknik som endast används i begränsad omfattning i Sverige. Det kan därför brista i tillräcklig sakkunskap och vilka viktiga faktorer man ska ta hänsyn till för att utse leverantör i upphandlingen. SLSO har inte genomfört en korrekt jämförelse mellan anbuden och har inte behandlat de viktiga skillnaderna mellan de olika utrustningarna. Det grundläggande kriteriet för val av teknik måste vara produktens effektivitet, där evidens på kvaliteten räknas in. Den mest trovärdiga evidensen kommer från DBPC kontrollerade studier. Resultat från okontrollerade studier, utan placebomöjlighet, ger en låg nivå av evidens. Den vinnande anbudsgivarens anbud brister helt på evidens på effekt enligt dessa etablerade standarder och har aldrig testats under placebo i kontrollerade DBPC multicenter studier. Vid FDA godkännandet 2008 gjordes inga kliniska studier. Det finns data från de tre år av användande av deep TMS i SLSO, där resultat nyligen presenterats från det årliga mötet med Svenska nätverket för Hjärnstimulering. Upphandlingen behöver utöka sin utvärdering på respektive utrustning. Utökningen ska baseras på vetenskaplig evidens av remission i en DBPC multicenter studie, där man tar hänsyn till totalpris, för att välja den mest kostnadseffektiva utrustningen. För att korrekt kunna bedöma de vetenskapliga evidens för effektivitet krävs expertis inom TMS och i klinisk psykiatrisk forskning. Ett välgrundat beslut kan inte göras utan att rådfråga vetenskapliga experter. Genomströmningen av patienter måste vara en kritisk parameter vid utvärderingen av kostnadseffektivitet. Deep TMS utrustning som

presenteras i anbudet är kapabel att producera theta burst protokoll vid hög intensitet. Därför finns ingen fördel för MagVenture TMS. Deep TMS har en högre grad av evidens om dess effekt, där effekten i remission är ett mått som visar på avsevärt större effektivitet. Dess kostnadseffektivitet är lika med eller överlägsen den valda leverantören, MagVenture.

SLSO anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande föreligger därför inte. SLSO instämmer till vissa delar i DTMS beskrivning av TMS. Emellertid saknar de studier och rapporter DTMS hänvisar till betydelse för att ligga till grund för en överprövning av upphandlingen eftersom upphandlingen har genomförts i enlighet med gällande rätt. Av punkterna 1.3.2 och 1.3.6 i anbudsinvjudan framgår att utvärderingen av anbud prövar vilket anbud som bäst uppfyller utvärderingsmodellen. Utvärderingspriset består av priset för produkten och eventuellt prispåslag avseende ergonomi. Priset efter påslag utgör det totala anbudspriset. Det lägsta anbudspriset enligt utvärderingsmodellen antogs. Utvärderingsmodellen är transparent utformad och det framgår klart och tydligt vad som efterfrågas och vilket prispåslag som ges vid utvärderingen. Samtliga anbudsgivare har haft samma möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud utifrån förfrågningsunderlaget. Att DTMS har valt att basera sitt anbudspris på sitt eget antagande om effektivitet, som varken är vetenskapligt säkerställt eller har begärts enligt förfrågningsunderlaget, kan inte ligga SLSO till last. DTMS anbudspris är inte det mest ekonomiskt fördelaktiga. SLSO kan därför inte anses ha tilldelat kontraktet i strid med gällande rätt. I ansökan om överprövning gör DTMS gällande att den vinnande anbudsgivarens produkt har lägre effektivitet. SLSO ifrågasätter inte detta, men det saknar betydelse för utvärderingen och tilldelningen av kontrakt. SLSO har ställt krav på vissa kliniska funktioner. Samtliga anbudsgivare uppfyllde dessa ska-krav. SLSO har varken ställt krav eller utvärderat t.ex. DBPC multistudier eller diagnosfrihet (remission). Högintensitets theta burst har inte heller ställts krav på, utöver att ”utrustningen ska fungera för theta burst

stimulering minimum 120 % of motorcortex tröskelvärde...” Det DTMS framhåller i detta avseende saknar därför betydelse. Det är anmärkningsvärt att DTMS nu gör gällande att kravställningen är felaktigt utformad och inte har ställt dessa frågor under upphandlingsförfarandet. SLSO kan inte vid utvärderingen ta hänsyn till det av DTMS framförda när inga sådana krav har ställt eller utvärderats. Det står även den upphandlande myndigheten fritt att utforma sina behov och krav i förfrågningsunderlaget under förutsättning att utformningen ger ett rättvist resultat och är utformade enligt LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. Upphandlingen har kravställts med stöd av överläkare inom psykiatri och de vetenskapliga studier som finns att tillgå. Forskning kring DTMS metod (H-spolen) har av Statens beredning för medicinsk och socialutvärdering inte ansetts studerats tillräckligt, och jämförande studier saknas. Socialstyrelsen har inte heller skiljt på effekt av olika TMS-spolar. SLSO har mot denna bakgrund inte ställt något krav på H-spole, remissionsfrekvens eller DBPC multicenter studie då det saknas tillfredsställande antal vetenskapliga studier för att korrekt utvärdera och göra sakliga bedömningar av sådana krav. TMS är en relativt ny behandlingsform i Sverige vars effekter inte är tillräckligt studerade. Därför bedrivs TMS-behandling för att utvärdera effekterna. Att ställa krav på ett visst resultat eller viss evidens vore därför missvisande och skulle leda till stora svårigheter vid utvärderingen av anbud.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017, varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är tillämplig.

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört finns anledning att besluta om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att det visas att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer att göras. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. ska-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när. (se RÅ 2002 ref. 50)

DTMS argumenterar huvudsakligen för att SLSO borde ha tagit hänsyn till andra faktorer vid utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet än pris och ergonomi, framförallt vad gäller utrustningens effektivitet, remissionsfrekvens och kontrollerad DBPC multicenter studie.

Förvaltningsrätten konstaterar dock att det står den upphandlande myndigheten fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer. Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling och därigenom är den som får anses bäst

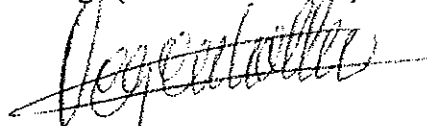
lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. (RÅ 2002 ref. 50 och HFD 2013 ref. 5)

Enligt förvaltningsrättens mening ger det som DTMS anför inte vid handen att SLSO vid utvärderingen av anbuden skulle ha beaktat andra krav än de som angetts i förfrågningsunderlaget. Såvitt framkommit framgår det klart och tydligt av utvärderingsmodellen vad som efterfrågas och att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet baseras på utvärderingskriterierna pris med ett eventuellt prispåslag avseende ergonomi. Samtliga anbudsgivare har haft samma möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud utifrån förfrågningsunderlaget. Av tilldelningsbeslutet framgår att SynMed Medicinteknik AB vid utvärderingen har erhållit det lägsta justerade priset och därmed har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. SLSO har tilldelat SynMed Medicinteknik AB kontraktet. DTMS anbudspris efter prispåslag avseende ergonomi var inte det lägsta anbudspriset. DTMS har inte heller påstått att anbudspriset, prispåslaget eller det justerade priset på något sätt skulle vara felaktigt beräknat.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte är visat att SLSO har genomfört upphandlingen i strid med LOU eller de grundläggande principerna som bär upp lagen. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därför. DTMS:s ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Haike Degenkolbe
Rådman

Sofia Brännare har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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