



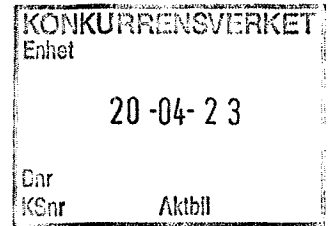
Avd. 3

SÖKANDE

Medtronic AB, 556525-5964

Ombud:

1. Advokat Jörgen Eklund
2. Advokat Johan Linder Säverman



MOTPART

Västra Götalandsregionen

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att avtalen mellan Västra Götalandsregionen och Rubin Medical AB avseende inköp av insulinpumpar av märket Tandem T-Slim X2 respektive reservoarer, infusionsset och CGM-system som är kompatibla med pumparna, ingångna under perioden den 1 oktober–14 december 2018, ska förklaras ogiltiga.

Dok.Id 675616

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
-

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört inköp av insulinpumpar av märket Tandem T-Slim X2 m.m. utan föregående annonsering från Rubin Medical AB under perioden den 1 oktober–14 december 2018.

Medtronic AB ansökte om överprövning i förvaltningsrätten den 14 december 2018 och yrkade att VGR:s avtal om inköp av insulinpumpar av märket Tandem T-Slim X2 med tillhörande förbrukningsartiklar under perioden den 1 oktober–14 december 2018 skulle ogiltigförklaras.

I dom den 9 juli 2019 beslutade förvaltningsrätten att avtalen mellan VGR och Rubin Medical AB avseende inköp av insulinpumpar av märket Tandem T-Slim och eventuella tillhörande förbrukningsartiklar ingångna under perioden den 1 oktober–14 december 2018 skulle förklaras ogiltiga.

VGR överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg, som i beslut den 10 januari 2020 upphävde domen och visade målet åter till förvaltningsrätten för ny prövning av Medtronic AB:s ansökan.

YRKANDEN M.M.

Medtronic AB vidhåller sin ansökan om överprövning med tidigare angivna yrkanden. *Medtronic AB* anför bl.a. följande.

Förvaltningsrätten har förelagt VGR att lämna in samtliga handlingar relaterade till inköpen av insulinpumpar av märket Tandem T-Slim X2 och förbrukningsartiklar under perioden den 1 oktober–14 december 2018. Det går att ifrågasätta om de handlingar som VGR nu har lämnat in verkligen avser samtliga handlingar i enlighet med rättens föreläggande. Detta medför att det inte är möjligt att överblicka avtalsförhållandena mellan VGR och

Rubin Medical AB exempelvis vad gäller tidpunkt för de olika inköpen, pris för produkterna.

Det nu inlämnade underlaget bekräftar att löpande förskrivningar har skett av pumpar med förbrukningsartiklar, eftersom inköpen av de olika produkterna skett löpande. Eftersom det är ostridigt att förbrukningsartiklarna behövs för att pumparna ska fungera samt att pumpar och förbrukningsartiklar skett från samma leverantör stämmer förvaltningsrättens tidigare bedömning att avtalen får ses som en samlad direktupphandling. Baserat på de uppgifter om inköp m.m. som VGR har lämnat och på de prisuppgifter för produkterna som är tillgängliga, överstiger inköpen av enbart de förbrukningsartiklar som skett direktupphandlingsgränsen med mycket bred marginal överstiger.

Enligt VGR:s uppgift ska visserligen de anskaffade förbrukningsartiklarna ha använts till olika pumpar, men det rör sig ändå om anskaffningar av förbrukningsartiklar av samma slag varför alla anskaffningarna ska beaktas. Följesedlarna bekräftar att inköp av pumpar och förbrukningsartiklar har skett löpande, närmast dagligen. Även om man skulle beräkna värdet av direktupphandlingarna enbart för sådana förbrukningsartiklar som kan antas ha använts till Tandempumparna överstiger det sammanlagda värdet av inköpen av enbart förbrukningsartiklarna direktupphandlingsgränsen. VGR anför inget nytt till stöd för sin uppfattning att pumpar och förbrukningsartiklar utgör varor av olika slag. I ljuset av värdet av enbart förbrukningsartiklarna synes dock den distinktionen sakna relevans i målet.

Samtliga avtal om inköp av förbrukningsartiklar, dvs. reservoarer, infusionsset, sensorer och sändare, som är kompatibla med Tandem T-slim-pumparna och som skett under perioden den 1 oktober–14 december 2018 omfattas av yrkandet om ogiltigförklaring. Enligt VGR finns det inga specifika avtal med Rubin Medical AB, utan inköp av både pumpar och förbruknings-

artiklar har skett löpande. Detta innebär att avtal om inköp av förbrukningsartiklar till Tandempumparna inte går att särskilja från avtal om inköp av motsvarande förbrukningsartiklar som använts till andra pumpar. Alla sådana förbrukningsartiklar är inbördes av samma slag och sort, oavsett till vilken pumptyp de har kommit till användning. Oavsett vilket eller vilka avtal som ingår i rättens prövning, ska samtliga inköp av pumpar och förbrukningsartiklar som är kompatibla med Tandempumparna tas med i beräkningen vid bedömning av om direktupphandlingsgränsen har överskridits. Detta eftersom alla inköp har skett genom direktupphandling.

VGR anser att avtalen om inköp av Tandem T-Slim-pumpar under perioden den 1 oktober–14 december 2018 ska ogiltigförklaras, men att Medtronic AB:s ansökan såvitt avser inköp av förbrukningsartiklar under samma period ska avslås. *VGR* anför i huvudsak följande.

Insulinpump och förbrukningsartiklar beställs var för sig per artikelnummer. Vid inköp via dispensförfarande finns inget särskilt avtal mellan leverantör och *VGR*, utan *VGR* gör en beställning hos leverantören. De tillbehör som är nödvändiga för att insulinpumpen Tandem T-Slim X2 ska fungera är reservoar och infusionsset. I vissa fall förskrivs, i samråd med patienten, pumpen även tillsammans med ett CGM-system.

Reservoaren som används till Tandem T-Slim X2 är unik och har beställts från Rubin Medical AB via myndighetens dispensförfarande. Inlämnad statistik avser samtliga beställda reservoarer till Skövdedepån den 1 oktober–14 december 2018. Statistiken är således inte begränsad till reservoarer som använts till de pumpar som köpts in under den i målet aktuella perioden. Förbrukningen av reservoarer till de 118 pumpar som köpts in under den aktuella perioden uppskattas till 1 899 stycken.

Inlämnad statistik avseende infusionsset avser samtliga beställda infusionsset som beställts från Rubin Medical AB. De infusionsset som enligt statistiken köpts in har dock inte bara använts till Tandem T-Slim X2 utan har även använts till andra insulinpumpar. Det finns inte statistik som visar hur många infusionsset som köpts till just Tandem T-Slim X2 under den aktuella perioden. De infusionsset som köpts in kan inte heller härledas till de Tandem T-Slim X2 som köpts in under den i målet aktuella perioden. Infusionsseten byts ut var tredje dag. Förbrukningen av infusionsset till de pumpar som köpts in under den aktuella perioden uppskattas till 1 899 stycken.

Till Tandem T-Slim X2 kan man koppla CGM-system för de patienter som behöver kontrollera blodglukosvärden kontinuerligt. Det CGM-system som kan kopplas till Tandem T-Slim X2 är Dexcom G5. Inlämnad statistik avseende sensorer till CGM-systemet avser samtliga sensorer som Skövdedepån beställt från leverantören Rubin Medical AB under perioden den 1 oktober–14 december 2018. De inköpta sensorerna har även använts till insulinpumpen Animas Vibe. Det finns inte statistik som visar hur många av sensorerna som köpts till Tandem T-Slim X2 som köpts under den aktuella perioden.

Insulinpumpar och förbrukningsartiklar är varken avsedda för identisk eller likartad användning eller är varor som är utbytbara, utan är varor av olika slag. Värdet av köp av de i målet aktuella insulinpumparna ska inte räknas samman med värdet av inköp av förbrukningsartiklar. Som Medtronic AB:s skrivelser får förstås är nu bolagets uppfattning att även köp av förbrukningsartiklar från Rubin Medical AB till andra pumpar som genomförts under hösten 2018 ingår i vad som omfattas av rättens prövning i det nu aktuella målet. Köp av sådana förbrukningsartiklar, utan koppling till insulinpumparna Tandem T-Slim X2 ingår i köpet av de i målet aktuella insulinpumparna eller är varor av samma slag som pumparna.

Förbrukningsartiklar utan koppling till Tandem T-Slim X2 kan därmed inte heller anses vara en del av nu aktuell prövning. Det saknas även i övrigt förutsättningar att ogiltigförklara köp avseende sådana förbrukningsartiklar nära ett och ett halvt år efter att köpen genomfördes.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Direktupphandling får användas om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som anges i 5 kap. 1 § LOU (19 kap. 7 § tredje stycket LOU). Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret (19 kap. 8 § första och tredje stycket LOU).

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 §

eller 36 § första stycket LOU när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap. LOU eller att upphandla enligt 19 kap. 36 § andra stycket LOU (20 kap. 13 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU.

Det är ostridigt mellan parterna att inköpet av insulinpumpar av märket Tandem T-Slim X2 från Rubin Medical AB under perioden den 1 oktober–14 december 2018 har skett genom otillåten direktupphandling, varför avtalen för inköp av dessa pumpar ska förklaras ogiltiga. Det som förvaltningsrätten därför har att ta ställning till i målet är om och i vilken utsträckning VGR:s inköp av förbrukningsartiklar, i form av reservoarer, infusionsset och CGM-system, under samma period från Rubin Medical AB också ska ogiltigförklaras.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2017 ref. 74 framgår att bedömningen av om två eller flera upphandlingar är av samma slag bör göras med utgångspunkt i de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingarna. För att varor eller tjänster som anskaffas genom olika upphandlingar ska anses vara av samma slag kan det inte krävas att de är identiska, men uttrycket indikerar enligt Högsta förvaltningsdomstolen ändå att det måste föreligga påtagliga likheter mellan det som upphandlas för att upphandlingarna ska omfattas av bestämmelsen.

Såvitt har kommit fram är de redovisade inköpen av aktuella reservoarer, infusionsset och CGM-system av relevant fabrikat kompatibla med Tandem

T-Slim-pumparna från Rubin Medical AB. VGR har dock uppgett att alla förbrukningsartiklar som köpts in under perioden inte har använts till just de Tandem T-Slim-pumpar som köpts in under samma period. VGR bestrider även att förbrukningsartiklarna och insulinpumparna är varor av samma slag.

Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att även om det är så att endast en del av de inköpta förbrukningsartiklarna använts till de pumpar vars inköp nu är föremål för ogiltighetstalan, så är det ostridigt att de aktuella reservoarerna, infusionsseten och CGM-systemen i varierande utsträckning behövs för att pumparna alls ska kunna användas. Utifrån detta kan slutas att det är viktigt att det finns förbrukningsartiklar vid varje givet tillfälle då en pump ska användas. Med andra ord bör inköpen av de aktuella förbrukningsartiklarna ses som ett led i lagerhållningen av produkter som krävs för att VGR ska kunna utföra sin verksamhet, däribland använda de aktuella Tandem T-Slim-pumparna. Oavsett om förbrukningsartiklarna sedan använts till de aktuella pumparna får de redan av den här anledningen anses ha en så naturlig anknytning till pumparna att inköpen av samtliga produkter är av samma slag.

Av detta följer att värdet av samtliga inköp av reservoarer, infusionsset och CGM-system under den i målet aktuella perioden ska beaktas vid beräkningen av om beloppsgränsen för direktupphandling har överskridits. Eftersom det vidare är ostridigt att denna beloppsgräns har överskridits i målet, ska även inköpen av förbrukningsartiklar under perioden den 1 oktober–14 december 2018 omfattas av ogiltighet enligt 20 kap. 13 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Jolfors Detert
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Alexander Dahlman.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

