



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-07-13
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4873-11 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Medidyne AB, 556697-8796
Rönnbärsvägen 8
260 83 Vejbystrand

Ombud: Advokat Michael Pålsson och jur. kand. Jerry Pettersson
Advokatfirman Juhlin & Partners KB
Box 1133
251 11 Helsingborg

MOTPART

Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2011-07-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och bestämmer att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 92279

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

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

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Region Halland (Regionen) har genomfört en direktupphandling av tio bröstkompressionssystem. I ett meddelande om frivillig förhandsinsyn som publicerades den 26 april 2011 anges som motivering att inte upphandla bl.a. att ambulanssjukvården Halland sedan tidigare använder Lucas hjärtkompressionsutrustning i 19 verksamma enheter och att det är helt nödvändigt att samma utrustning används i hela länets ambulanssjukvård. I meddelandet om förhandsinsyn angavs vidare att den aktör som beslutet om tilldelning gäller är Physio-Control c/o Medtronic AB samt att det slutliga totala värdet för kontraktet uppgår till 1 200 000 kronor.

YRKANDEN M.M.

Medidyne AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin begäran om överprövning anför bolaget följande. Direktupphandlingen strider mot LOU eftersom värdet på kontraktet vida överstiger gränsen för när direktupphandling är tillåtet. Det är vidare inte visat att det föreligger sådana synnerliga skäl som medför att direktupphandling är tillåtet. Om Region Halland tillämpar direktupphandling bryter de mot LOU, vilket medför att bolaget kommer att lida skada. Med anledning härav har Region Halland att vidta rättelse i enlighet med 16 kap. 5 § LOU.

Regionen bestrider bolagets talan och yrkar att ansökan ska avslås. Till stöd för sin inställning anför regionen bl.a. följande. Regionen har sedan tidigare tjugo stycken utrustningar av modellen Lucas 1, monterade i lika många ambulanser. Aktuell upphandling avser utrustning till ytterligare tio ambulanser som tidigare saknat utrustning för hjärtkompression. Lucas 2 är en ny version av Lucas 1, som säljs av samma leverantör. Den enda skillnaden mellan de båda utrustningarna är att Lucas 1 är gasdriven och Lucas

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 3
4873-11 E

2 är batteridrivna. De är identiska avseende hur de används av operativ personal. Detta framgår av tillverkarens marknadsföringsmaterial. Vid köp och implementering av en konkurrerande modell till Lucassystemet skulle ambulanspersonalen ha att arbeta med två helt olika utrustningar för hjärtkompression. Enligt bedömning av medicinskt ansvarig läkare är det inte förenligt med patientsäkerheten att utrusta en tredjedel av ambulanserna med en, sett till bl.a. handhavandet, helt annorlunda hjärtkompressor. Ambulanspersonal ska kunna hantera utrustning för hjärtkompression optimalt, oavsett vilken ambulans som bemannas för dagen. Skilda system skulle även kräva en oproportionerligt stor utbildningsinsats för att säkerställa att all personal hålls à jour med de olika systemen. Bolagets system avfärdas inte av regionen såsom osäker för patienten, utan faran ligger i implementering av ytterligare ett hjärtkompressionssystem i en förhållandevis liten ambulansflotta. Avseende upphandlingsform har regionen uppgett kontraktets slutliga värde till 1 200 000 kronor. Värdet understiger de av EU i förordning fastställda tröskelvärdena för upphandling och upphandlingen omfattas följaktligen inte av EU:s direktiv för offentlig upphandling. I enlighet med 1 kap. 2 § LOU är 15 kap. LOU tillämpligt. I 15 kap. 3 § LOU regleras även när direktupphandling kan användas genom en hänvisning till 4 kap. 5-9 §§. De senare lagrummen är, utöver att vara tillämpliga på förhandlat förfarande utan föregående annonsering, även tillämpliga på direktupphandling enligt 15 kap. 3 § LOU. Med hänvisning till 4 kap. 7 § 2 a-b LOU angående förhandlat förfarande avser den aktuella upphandlingen tio kompletterande utrustningar till de tjugo som är i drift. Vidare bedöms konkurrerande företags utrustningar inte vara tekniskt förenliga med de tjugo utrustningar som nu är i drift och en implementering av ett parallellt system medför oproportionerliga tekniska svårigheter som skulle inverka menligt på patientsäkerheten. Regionen bestrider att lagen ålägger upphandlande myndighet att bjuda in ett visst antal till förhandling, än mindre att regionen haft en skyldighet att bjuda in bolaget (jfr 2 kap. 9 § LOU).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 4
4873-11 E

Bolaget anför till utvecklande av talan i huvudsak följande. Bröstkompressionssystemen Lucas 1 och Lucas 2 är inte samma system som regionen påstår, vilket framgår av användarmanualerna för respektive modell. Lucas 1 kan bara användas i kontinuerligt läge medan Lucas 2 har två olika lägen. Lucas 1 har en aktiv dekompression, vilket Lucas 2 inte har. Vidare drivs Lucas 1 av gas medan Lucas 2 drivs av batteri, vilket innebär helt olika handhavande när det gäller skötsel och underhåll. Bolagets system är väldigt enkelt att handha och anpassar sig efter varje enskilds patients storlek, vilket Lucas 1 och Lucas 2 inte gör. Ambulanspersonal torde utan svårigheter klara av bolagets system även under en pressad situation. Bolagets system har en mer omfattande vetenskaplig dokumentation och inga rapporter om ökad skadebild, jämfört med vad som är fallet med Lucas-systemen. Vidare kan bolagets system användas i trappor (vinklar) samt på gravida, vilket Lucassystemen inte får. Regionen har inte visat att patientsäkerheten äventyras om bolagets system används. Inte heller har regionen presenterat några bevis för att ambulanssjukvårdens personal inte kan arbeta med två parallella system. Om regionen gör gällande att upphandlingen skett genom ett s.k. förhandlat förfarande stämmer detta inte överens med vad som framgår av meddelandet om frivillig förhandsinsyn. Varken en direktupphandling eller ett förhandlat förfarande är tillåtet i den aktuella upphandlingen. Bolaget kan komma att lida skada eftersom bolaget har gått miste om möjligheten att tilldelas kontraktet och därmed den vinst som sammanhänger därmed.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphand-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 5
4873-11 E

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska enligt samma paragraf principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 2 kap. 23 § LOU framgår att med direktupphandling avses ett förfarande utan krav på anbud i viss form.

Enligt 15 kap. 3 § första stycket LOU ska en offentlig upphandling enligt detta kapitel göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Enligt andra stycket får dock direktupphandling användas om kontraktets värde är lågt. Vidare framgår att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Av 4 kap. 7 § framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varukontrakt om

1. det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte,
2. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om
 - a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och
 - b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,
3. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

4. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Ett varukontrakt enligt första stycket 2 får gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl.

Av 15 kap. 3 a § LOU följer bland annat att värdet av kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

Av 16 kap. 5 § 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 har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är huruvida regionen har genomfört en tillåten direktupphandling enligt 15 kap. LOU eller om upphandlingen av bröstkompressionssystem borde ha genomförts enligt LOU:s bestämmelser i stort.

Direktupphandling är tillåtet om kontraktets värde är lågt. En fast gräns för lågt värde vid direktupphandling har bestämts till 15 procent av tröskelvärdet i den klassiska sektorn (LOU), motsvarande ca 287 000 kronor för åren 2010 – 2011. Regionen har i meddelande om frivillig förhandsinsyn angett att det totala kontraktsvärdet uppgår till 1 200 000 kronor, vilket i målet får anses vara ostridigt. Kontraktsvärdet överskrider således klart beloppsgränsen för tillåten direktupphandling.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 7
4873-11 E

Regionen anför att förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda varpå direktupphandling får användas i enlighet med 15 kap. 3 § LOU. Regionen åberopar att upphandlingen avser en komplettering till de tjugo bröstkompressionssystem som levererats tidigare samt att konkurrerande företags system inte är tekniskt förenliga med de först anskaffade. Vidare anføres att en implementering av ett parallellt system medför oproportionerliga tekniska svårigheter samt utbildningsinsatser.

Enligt EU-domstolens rättspraxis ska alla undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingar tolkas restriktivt. En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt till en leverantör med hänvisning till tekniska skäl ska visa att det är absolut nödvändigt att tilldela den särskilde leverantören kontraktet. Den upphandlande myndigheten ska vidare visa på vilket sätt ett byte av leverantör skulle kunna leda till inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.

Vad regionen har anfört hänför sig främst till vikten av att samma typ av utrustning används i alla ambulanser för att undvika att fel uppstår vid användande samt att två system kräver en oproportionerligt stor utbildningsinsats. Regionen hänvisar till att den medicinskt ansvarige läkaren vid ambulanssjukvården har bedömt att det inte är förenligt med patientsäkerheten att bestycka en tredjedel av ambulanserna med en helt annorlunda hjärtkompressor. Enligt förvaltningsrätten har regionen emellertid inte visat på vilket sätt en annan typ av bröstkompressionssystem skulle vara tekniskt oförenligt med det först anskaffade eller hur oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll skulle uppstå vid byte av leverantör. Med hänsyn till EU-domstolens strikta praxis avseende upphandlande myndighets bevisbörda avseende tillämpning av undantagsförfarande anser förvaltningsrätten att regionen inte har styrkt att det har varit fråga om en tillåten direktupphandling.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 8
4873-11 E

Mot bakgrund av ovanstående, och med beaktande av att det i målet inte har framkommit något som skulle kunna medge att några synnerliga skäl föreligger för att ändå kunna genomföra en direktupphandling, finner förvaltningsrätten att bolaget till följd av otillåten direktupphandling gått miste om möjligheten att lämna anbud och får därmed anses ha lidit skada. Upphandlingen ska därför göras om.

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



Maria Jolfors Detert

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Anna Jansson.



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

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 rättslämningen att överklagandet prövas, anledning företekommer 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.