



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2016-08-19
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
283-16

SÖKANDE

Dräger Medical Sverige AB, 556629-5100
Borgarfjordsgatan 13 B
164 40 Kista

MOTPART

Örebro läns landsting, Medicinsk Teknik
Universitetssjukhuset
701 85 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016 -08- 23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Dräger Medical Sverige AB:s ansökan om över-
prövning.

Dok.Id 159857

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Örebro läns landsting (numera Region Örebro län, härfter Regionen) har genomfört en upphandling benämnd "Rullvagn 2". Enligt tilldelningsbesked har Westbay Trailers AB antagits som leverantörer.

PARTERNAS TALAN

Dräger Medical Sverige AB (Dräger) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen görs om. Dräger anför följande.

Upphandlingens verkliga syfte/värde har inte varit tydligt beskrivet i anbudsunderlagen. Av tilldelningsbeslutet framgår däremot att upphandlingen avser ett avropsavtal under en åttaårsperiod till ett värde av 25 000 000 kr. Kravspecifikationen innehåller ett skall-krav som endast en leverantör (Philips) kan uppfylla. Huvudregeln för längden (max fyra år) för ett ramavtal enligt 5 kap 3 § i LOU har frångåtts. I de administrativa föreskrifterna beskrivs syftet med upphandlingen enligt följande: "...Denna upphandling avser köp av patientövervakningssystem enligt beskrivning i detta förfrågningsunderlag. Systemet som nu ska ersättas finns på avd 53, Kärl-Thoraxkliniken samt avd. 63, Hjärt-lungkliniken. Om Regionen avsätter medel för anskaffande av ytterligare övervakningsutrustning under de närmaste åren avser denna upphandling även att täcka det behovet...". Från sistnämnda mening går det inte att utläsa värdet på kommande anskaffning, inte heller att det finns medel för framtida investeringar. I upphandlingsrapporten under rubriken har avtalsbeskrivningen från upphandlingskontraktet kompletterats med följande förtydligande. "Kontraktet skrivs som ett leveransavtal vilket möjliggör eventuella framtida kompletteringar...". Genom att kravspecifikationen innehåller skall-krav, Överföring av patientdata och registrerade mätdata till/från Philips iX-system ska vara möjlig som endast en leverantör (Philips) kan uppfylla utestängs alla andra leverantörer att lämna anbud. Skall-kravet kräver att andra leverantörer får tillgång till Philips kommunikationsprotokoll vilket Philips inte vill lämna ut. Genom att dölja upphandlingens verkliga syfte och skriva in skall-krav i kravspecifikationen som endast Philips kan uppfylla frångår Regionens 1 kap 9 § LOU där "Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt...". Enligt 5 kap 3 § får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Landstinget har i upphandlingskontraktet en avtalstid på fyra plus fyra år. Vilka skäl som föreligger för en längre av-

talstid än 4 år framgår inte i underlagen. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att särskilda skäl för en längre avtalstid än 4 år föreligger (se även Förvaltningsrätten i Göteborgs dom i mål 8545-15).

Regionen motsätter sig bifall till Drägers ansökan och anför följande.

Dräger gör gällande att upphandlingen brister på tre punkter: 1. Upphandlingen brister i transparens eftersom det inte i underlaget framgått värde, 2. Upphandlingen har haft obligatoriska krav som endast en leverantör kan uppfylla, 3. Upphandlingens avtalstid är för lång.

Antalet avdelningar och enheter som ska bytas ut framgår av förfrågningsunderlaget. Även om den uppskattade summan 25 000 000 kronor inte framgår av förfrågan har omfattningen varit så beskriven som den möjligen kan vara. Respektive avdelnings behov är tydligt beskrivet under punkterna 1.1.2 och 1.1.3 i de administrativa föreskrifterna. Underlaget är nog tydligt för att ge alla leverantörer möjlighet att lägga anbud på lika villkor. Några brister i transparens föreligger inte beträffande uppdragets omfattning. Dräger har i denna del inte heller klargjort hur denna påstådda otydlighet lett till skada för Dräger.

Av de administrativa föreskrifterna framgår följande: "På avd. 53 och angränsande kliniker beskrivna ovan finns idag övervakning från Philips, plattform iX. Det system som nu upphandlas ska tillsammans med befintligt system skapa en obruten vårdkedja där patientdata och registrerade mätdata obrutet ska följa patienten genom vårdförloppet". Det aktuella kravet att upphandlat system ska kunna kommunicera med Philips, plattform iX är proportionellt och ändamålsenligt. Det har inte varit möjligt att ställa ett mindre ingripande krav för att uppnå syftet med upphandlingen. Allt äldre och sjukare patienter genomgår komplexa behandlingar. Dessa patienter har ofta någon form av hjärtsjukdom. I samband med annat insjuknande uppstår akuta försämringar i hjärtsjukdomen. Inte sällan sker flyttningar av patienterna från opererande specialiteter till kardiologisk avdelning. Vid överflyttning förloras, förutsatt att övervakningssystemen inte är kompatibla, väsentlig information som har betydelse för fortsatt vårdtid. Förlust av väsentlig information ger både brister i beslutsunderlag och därmed väsentligt sämre patientsäkerhet, men även en ineffektivare fortsatt vård och sämre resursanvändning. Regionen har tre sjukhus vilka samtliga vårdar akuta hjärtinfarkter och allvarliga arytmier (Lindesberg, Karlskoga och Universitetssjukhuset i Örebro ("USÖ")). Patienten söker i regel inom det primära upptagningsområdet. Efter något dygns vårdtid sker ofta transport till USÖ för fortsatt utredning och behandling. Vid denna överflyttning förloras i dagsläget sparad information från första delen av vårdtillfället. Denna information har ofta betydelse för fortsatt handläggning och beslutsfattande. Medicinklinikerna i Lin-

desberg och Karlskoga har ett övervakningssystem från Philips iX. Det är nödvändigt för den medicinska säkerheten och effektiviteten om systemen på USÖ kan hämta data från övriga sjukhus i länet. Även inom USÖ kan patienter behöva flyttas mellan avd 63 och avd 53 under pågående vårdtid. Detta sker både innan operation och efter operation. För patientens säkerhet behöver övervakningsinformationen kunna flyttas utan problem mellan avdelningarna. Genom att övervakningen bibehålles kan patienter med allvarliga kardiologiska tillstånd övervakas av specialistkardiolog även under vårdtid på Kärll-thoraxkliniken. USÖ är dessutom ett universitetssjukhus med högspecialiserad verksamhet. Ofta innebär detta en multiprofessionell problematik, där hjärtövervakningen är en central del av vården. Flyttande av patienten mellan operationssalar/intensivvård och intermediärvård innebär att informationen flyttas mellan olika kliniker. Långa vårdförlopp kräver kontinuitet i övervakningen för att upprätthålla en godtagbar patientsäkerhet. Att kräva att nu upphandlat system ska kunna tillgodose detta behov, direkt kopplat till patientsäkerhet, är därmed i allra högsta grad proportionellt. I förevarande fall har Regionen inte krävt systemet Philips iX, utan endast att det ska kunna kommunicera med befintligt system. Av Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 maj 2010 (mål nr. 1001-10) framgår följande: "Det kan inte anses strida mot LOU att ange varumärket på en befintlig datahuvudcentral utan tvärtom torde en sådan upplysning vara av väsentligt intresse för anbudsgivarna. Det kan inte heller i normalfallet anses finnas något hinder mot att vid en upphandling kräva att ett offererat system kan kommunicera med ett befintligt system". Dräger hävdar att det inte varit möjligt för någon annan leverantör att tillgodose kravet och att det därmed varit konkurrensbegränsande. Även om så är fallet har Regionen ett tydligt definierat proportionellt behov av att nu upphandlat system ska kunna kommunicera med tidigare i konkurrens upphandlade system. Kravet är därmed tillåtet. Förvaltningsrätten i Malmö har nått samma slutsats i sitt avgörande i mål 5889-14, i ett närmast identiskt mål. Ingen brist i förfrågningsunderlaget föreligger i denna del. Kravet är proportionellt och Dräger lider därmed inte skada.

Det upphandlade avtalet är inte ett ramavtal. Med hänsyn till att Drägers övervakningssystem inte kan kommunicera med Philips iX, enligt Drägers egen utsago, lider dock Dräger inte skada av avtalets längd oaktat det rör sig om ett ramavtal eller ej eftersom kravet på kompatibilitet är proportionellt och Dräger inte kan uppfylla kravet. Regionens uppfattning är därmed att kravet på kompatibilitet är den centrala frågan. Frågan om avtalets längd är därmed av sekundär art i målet. Begreppen "ramavtal" och "avrop" nämns aldrig i förfrågan och det torde vara tydligt, med beaktande av bland annat den angivna avtalslängden, att det varit Regionens avsikt att upphandla ett leveransavtal och inte ett ramavtal. Det rör sig inte om separata avrop med egna avtal och villkor utan Regionen har angivit de två första projekten i detalj och därefter bifogat en lista över de utrustningar som nu är i bruk. En normalt insatt anbudsgivare kan utifrån

detta underlag bilda sig en god uppfattning om projektets omfattning, eftersom det är väl känt att utrustningens tekniska livslängd är ca åtta år.

Regionen har förståelse för att uppdragets omfattning i denna del hade kunnat vara tydligare men Regionens process för dessa inköp grundas i en politiskt beslutad investeringsprocess. Medel för investeringar fastställs i samband med årsskiftet varje år och då beslutas hur stor del av utrustningen som kan anskaffas inom ramen för det årets investeringsbudget. Det är därmed inte möjligt för Regionen att innan budgeten är fastställd i detalj ange när respektive utrustning ska köpas. Att utrustningen ska köpas under avtalstiden, vilken är satt till att motsvara utrustningens livslängd, är dock klart. Ordningen är dock inte helt fastställd och inte heller exakt vilket år men detta innebär inte att det rör sig om ett ramavtal där Regionen löpande kan avropa övervakningsutrustning. Det upphandlade kontraktet är ett leveransavtal där antagen leverantör ska leverera den del av angiven utrustning som ryms inom det årets fastställda investeringsbudget. Avtalslängden är satt till fyra plus fyra år för att spegla den tekniska livslängden på systemet, åtta år. Avtalstiden är proportionell. Dräger lider därmed inte heller skada i denna del.

Dräger tillägger följande.

Det framgår inte att värdet på investeringen är 25 000 000 kr. Denna information hade påverkat förutsättningarna för anbudet. Drägers anbud baserades på underlaget om en nyinvestering på avdelningarna 53 och 63.

Från kravspecifikationen punkt 2.1.2 går att läsa "Överföring av patientdata och registrerade mätdata till/från Philips 1X-system ska vara möjlig" med efterföljande beskrivning "... Ange hur patientdata och registrerade mätdata skickas/hanteras i en obruten vårdkedja inom och mellan de kliniker som beskrivs i 01-Administrativa föreskrifter och som innefattar befintlig övervakning samt offererad övervakning. Beskriv er lösning tekniskt såväl som funktionellt". Av de administrativa föreskrifterna framgår tydligt att det redan idag finns ett flertal olika patientövervakningssystem från olika leverantörer.

Överföring till Philips övervakningssystem från andra system på sjukhuset är ej möjligt idag på grund av de flertalet olika system som finns på sjukhuset utan är endast möjligt där Philips finns installerat. Det nya kravet gör det endast möjligt för Philips att offerera till avd. 53 och 63. Tilldelningsbeslutet gör sedan att övriga system kan bytas ut till Philips utan föregående upphandling och möjlighet för andra leverantörer däribland Dräger, att lämna anbud.

Syftet med upphandlingen är att byta ut befintliga system under en åtta-årsperiod som närmast kan betraktas som ett avropsavtal. Den längre avtalstiden riskerar att begränsa konkurrensen på den aktuella marknaden på ett sätt som riskerar medföra skada för Dräger. Avtalet har ett kontraktsvärde på 25 miljoner kronor och värdet överstiger tröskelvärdet för kommunal upphandling. Genom förfrågningsunderlagets otydliga beskrivning av upphandlingens syfte, värdet på denna och framtida investeringar och avtalsform har Regionen orsakat Dräger skada.

SKÅL FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Dräger gör sammanfattningsvis gällande att upphandlingen brister i transparens eftersom det i underlagen inte framgått värde, att den haft obligatoriska krav som endast en leverantör kan uppfylla och att dess avtalstid (åtta år) är för lång.

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter anges under punkterna 1.1.2 och 1.1.3. ges en förhållandevis omfattande beskrivning av upphandlingens omfattning, användningsområde samt bakgrund och förutsättningar.

Förvaltningsrätten anser att nämnda beskrivning är tillräckligt tydlig för att potentiella leverantörer ska kunna avge ett konkurrenskraftigt anbud.

Dräger gör vidare gällande att upphandlingen utrestänger andra leverantörer genom att det som krav ställs att överföring av data till från Philips iX-system ska vara möjlig. En upphandlande myndighet måste vid upphandlingar bl.a. beakta principen om proportionalitet, vilken innebär att det inte får ställas större krav än vad som behövs och som är ändamålsenligt. Det angripna kravet är nödvändigt för att det upphandlade systemet ska kunna fungera tillsammans med befintlig utrustning och således utan att denna ska behöva bytas ut, vilket skulle innebära mycket höga kostnader. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan det inte anses orimligt att en upphandlande myndighet vid förvärv av nytt system ska behöva köpa in ny kringutrustning. Mot bakgrund härav anger förvaltningsrätten att kravet inte kan bedömas oproportionerligt även om konsekvensen av kravet är att antalet potentiella leverantörer reduceras.

Vad härefter gäller avtalets längd har Dräger gjort gällande att det är fråga om ett ramavtal, och att avtalslängden är för lång (åtta år) då det vid ramavtal krävas särskilda skäl för att denna ska vara längre än fyra år. Med ramavtal menas ett avtal som ingås med en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod (2 kap. 15 § LOU). Ett ramavtal kan vara av sådant slag att det innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet och vara ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet, men samtidigt vara villkorat av att en viss omständighet inträffar, som t.ex. att behov uppstår av de tjänster som ramavtalet omfattar (se prop. 2006/07:128 s. 160 och Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2 uppl., s. 221 f). Ett ramavtal får tecknas för en längre avtalstid än fyra år endast om det föreligger särskilda skäl (5 kap. 3 § LOU). En sådan begränsning gäller inte för ett vanligt kontrakt enligt LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår att avtalets giltighetstid är fyra år efter avtalets tecknande, med möjlighet till förlängning i ytterligare två år plus två år. Begreppen ramavtal och avrop finns inte upptagna i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte heller på annat sätt framkommit att det skulle vara fråga om ett ramavtal. Avtalets giltighetstid står därmed inte i strid mot LOU.

Då det således inte är visat att regionen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU saknas skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B, LOU).



Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström



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.