



**LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN**
Avdelning 1
Lena Palmér

DOM
2009 -04- 2 4
Meddelad i
Malmö

Mål nr
2087-09E

SÖKANDE

A. Menarini Diagnostics Nordic Countries S.r.l., 516403-8126
Italien filial (Sverige)
Per Albin Hanssons väg 41 Hus D
214 32 Malmö

Ombud: Advokat Klas Johansson
Ramberg Advokater (Öresund) KB
Jungmansgatan 12
211 19 Malmö

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

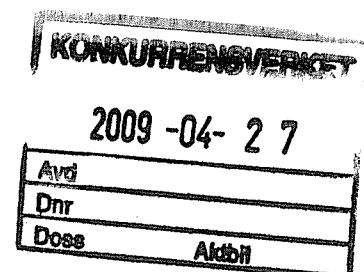
Ombud: Advokaterna Roland Adrell
och Carin Gustavsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten avslår begäran om ingripande enligt LOU.



Dok.Id 218565

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: lansratteniskane@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför en upphandling avseende diabetesstickor inklusive mätare (dnr 0802445). Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet och genomförs enligt öppet förfarande.

A. Menarini Diagnostics Nordic Countries S.r.l (Menarini) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till grund för talan anförs bl.a. följande. Region Skåne har brutit mot huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU genom att inte behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Detta har medfört att Menarini lidit eller kan komma att lida skada. Menarini har offererat glukosmätaren GlucoMen LX med teststickor. Region Skåne har ansett att Menarini inte uppfyllde ställt skall-krav i position 3.9 *”Vid batteribyte som sker inom 60 sekunder, från det att befintligt batteri tas ut tills nytt är insatt, skall aktuell tid och datum finnas kvar (Bekräftelse av uppgifterna genom knapptryckning godkännes).”* På grund av denna bedömning gick Menarini inte vidare till nästa steg i handläggningen. Aktuellt krav fyller ingen som helst funktion som ett skall-krav. Ingen annan upphandling av diabetes-hjälpmiddel har haft ett sådant krav. Nämnade krav var i Region Skånes upphandling MA-070082 ett bör krav *”Minne för datum och tid bör inte raderas vid batteribyte”*. Menarini kan inte uppfatta Region Skånes agerande på annat sätt än att Regionen har valt att formulera kravet som ett skall-krav för att få bort bolaget som leverantör. Region Skåne har vid åtminstone två tillfällen begått felaktigheter vid testerna av GlucoMen LX. Region Skåne har agerat i strid med de instruktioner som följer med GlucoMen LX och det kan inte uteslutas att Region Skåne därvid dragit fel slutsatser. Region Skåne har medvetet gjort en felaktig utvärdering av GlucoMen LX med tillhörande teststicka. Region Skåne har dessutom underlåtit att redovisa protokoll över hur testerna utförts avseende övriga leverantörers produkter. En av leverantörerna är MedTrust AB som offererat mätare be-

nämnd Linus. Denna mätare har enligt Region Skåne uppfyllt skall-kravet position 3.9 trots att aktuell tid och datum inte finns kvar i mätaren efter batteribyte. Region Skåne har hållit fast vid kravet att teststickan skall vara lätt att fylla trots att detta enligt Kammarrätten i Göteborg stred mot principen om transparens och förutsebarhet. Regionen anser nu att denna brist läkts genom att kravet ändrats från ett skall-krav till ett bör-krav. Formuleringen är fortfarande vag och strider fortfarande om principerna om transparens och förutsebarhet.

Region Skåne bestrider bifall och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med gällande rätt. Menarini har inte kunnat visa att det föreligger brott mot LOU och inte heller att bolaget lidit skada eller riskerat lida skada. Menarinis mätare GlucoMen LX har inte uppfyllt skall-kravet i position 3.9. Det måste vara upp till Region Skåne att bedöma nödvändigheten av ett skall-krav. Regionen arbetar med dataprogrammet Diasend dit blodsockervärden från patientens mätare överförs. Genom att mätarna har tid och datum inställda kan diabetessjuksköterskan läsa av när på dygnet patientens blodsocker är lågt respektive högt och därefter anpassa insulindosen. Av denna anledning är mätarens kapacitet att spara inställningar för tid och datum efter ett batteribyte av stor vikt för att Regionen skall kunna erbjuda en tillförlitlig vård. Kammarrätten i Göteborg fann i mål 1729-08 att formuleringen ”tid och datum skall finnas förinställt” inte kunde kräva att ”mätarna ska visa dagens datum och aktuell tid i enlighet med en klocka”. För att kunna erbjuda bästa möjliga vård till patienterna såg sig Regionen tvungen att förtydliga kravet till nuvarande krav i position 3.9. Kravets utformning är ett försök från Regionens sida att efterleva kammarrättens dom. Vid utvärdering av anbudet får upphandlande enhet ej medge att anbud avviker från förfrågningsunderlagets skall-krav. Menarinis mätare uppfyllde inte kravet i position 3.9 varken med eller utan testvärden i mätarna. För att försäkra sig om att Menarini inte uppfyllde kravet i position 3.9 gjordes en djupare analys av bolagets mätare varför mätaren

dels testades enligt bruksanvisningen och dels genom andra tillvägagångssätt. Det kan således inte anses att Regionen agerat i strid med instruktionerna som följer med teststickan utan det har snarare varit frågan om att med alla tillgängliga medel säkerställa att mätaren inte vid något handhavande visade aktuell tid och datum vid batteribyte inom 60 sekunder. Vad gäller mätaren Linus uppfyllde mätaren det aktuella skall-kravet. Anledningen till detta är att mätaren har två batterier och om ett batteri i taget togs ut raderades inte tid och datum. Vid ett batteribyte kan det inte presumeras att båda batterierna behöver bytas ut samtidigt, varför Regionen endast testat mätarens förmåga att behålla tids- och datuminställning vid utbyte av ett av batterierna. Regionen fann inte anledning att underkänna MedTrust AB:s mätare på den grunden att batterierna skulle bytas ut samtidigt.

Menarini anför i yttrande bl.a. följande. Skall-kravet i position 3.9 har inget naturligt samband med och står inte i proportion till det behov som skall täckas. Regionen anser att en sjuksköterska endast kan läsa av när på dygnet en patients blodsocker är lågt respektive högt om mätaren kan spara inställningarna för tid och datum vid ett batteribyte. Regionens påstående är felaktigt. Av bruksanvisningen till GlucoMen LX framgår hur användaren skall få fram aktuell tid och datum. Mätaren ber användaren antingen bekräfta eller justera visat förslag på tid och datum. Om användaren följer instruktionerna kommer mätaren alltid att ha rätt tid och datum inställda. Sjuksköterskan kan då läsa av när på dygnet patientens blodsocker är lågt respektive högt och kan därefter anpassa insulindosen. Regionens mål om tillförlitlig vård är därmed också uppfyllt. Regionens uttalande att Menarinis mätare testats enligt bruksanvisningen och ”andra tillvägagångssätt” är synnerligen märkligt och visar att Regionen agerat i strid med instruktionerna som följer med mätaren. Regionens agerande vad avser mätaren Linus kan ifrågasättas. Det talas om batteribyte i skall-kravet, vilket inte kan

uppfattas på annat sätt än att samtliga batterier i en mätare skall bytas vid ett och samma tillfälle innan nya sätts på plats.

Region Skåne anför i yttrande bl.a. följande. Det aktuella skall-kravet är nödvändigt för att tillförlitlig vård ska kunna erbjudas. Den tid som visas i GlucoMen LX efter batteribyte är inte aktuell tid och datum utan tidpunkten för senaste utförda blodsockertest eller kontrollösningstest. Det är sålunda denna tid som mätaren ber användaren att bekräfta eller justera. Regionens försök att få Menarinis mätare att fungera kan knappast anses vara till nackdel för bolaget. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att båda batterierna skall bytas ut samtidigt. MedTrust AB:s mätaren har en funktion som gör att de kan behålla tids- och datuminställning vid batteribyte.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 6 mars 2009 förordnat att i målet aktuell upphandling inte får avslutas innan annat beslutats.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. - Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Länsrättens bedömning i nu förevarande mål

Menarini gör i länsrätten i gällande att Region Skåne i den aktuella upphandlingen brutit mot reglerna i LOU genom att inte behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt tillämpat ett oproportionerligt skall-krav och ett bör-krav som inte är transparent.

Vad gäller kravet på att teststickan bör vara lätt att fylla har länsrätten i mål 2086-09 funnit att kravet – även om det ger visst utrymme för subjektiva bedömningar – inte är så otydligt formulerat eller av så utpräglad subjektiv karaktär att de gemenskapsrättsliga principerna träds förnär. Med hänvisning till där redovisade grunder finner länsrätten i nu förevarande mål inte skäl att göra annan bedömning.

Vidare gäller att en upphandlande myndighet har möjlighet att ställa vilka krav man önskar på de varor som upphandlas, förutsatt att kraven uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget och är förenliga med alla för LOU grundläggande principer. För att inte anses strida mot proportionalitetsprincipen får den upphandlande myndigheten inte ställa högre krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas. Region Skåne har motiverat det aktuella skall-kravet i position 3.9 med att mätarens kapacitet att spara inställningar för tid och datum efter ett batteribyte av stor vikt för att Regionen skall kunna erbjuda en tillförlitlig vård utifrån att Regionen arbetar med ett dataprogram dit blodsockervärden från patientens mätare överförs. Genom att mätarna har tid och datum inställda kan diabetessjuksköterskan läsa av när på dygnet patientens blodsocker är lågt respektive högt och därefter anpassa insulindosen. Länsrätten finner, med hänsyn till den betydelse som kravet enligt Region Skåne har för Regionens möjlighet att bedriva tillförlitlig diabetesvård, att det som bolaget anfört inte kan anses visa att kravet är oproportionerligt. Region Skåne har funnit att GlucoMen LX inte uppfyllt det aktuella skall-kravet i position 3.9. Det har inte visats att Region Skåne härvid tagit ovidkommande hänsyn eller på annat sätt förfarit på sätt som strider mot LOU.

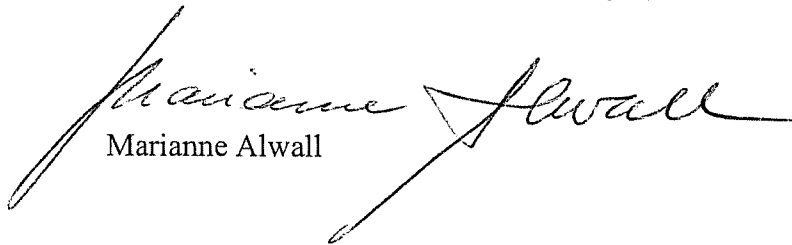
Länsrätten anser således att Menarini inte har förmått visa att Region Skåne genom att ställa upp aktuella krav och att diskvalificera bolaget när

skall-kravet inte ansågs uppfyllt brutit mot LOU eller dess principer. Inte heller vad bolaget i övrigt har anfört och åberopat visar att Region Skåne i den aktuella upphandlingen agerat i strid mot LOU på sådant sätt att bolaget därigenom har lidit skada eller riskerat lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därför inte. Bolagets ansökan skall således avslås.

Särskilda upplysningar

Länsrättens interimistiska beslut av den 6 mars 2009 upphör därmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Marianne Alwall



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.