

**SÖKANDE**

Infiniti Medical AB, 556389-3675

Ombud: Advokat Hampus Ek och biträdande jurist Ida Ehrencrona

**MOTPART**

Region Halland

**SAKEN**Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad  
LOU**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

## BAKGRUND

Region Halland har tidigare upphandlat ett ramavtal avseende patientövervakningssystem. Avtalet tecknades med Philips 2007. I samband med de första garantiutgångarna 2009 tecknades ett serviceavtal och därefter tecknades 2014 ett Software Maintenance Agreement (SMA) för att uppdatera befintlig utrustning.

Region Halland har nu annonserat om sin avsikt att tilldela kontrakt avseende patientövervakningstjänster genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dnr DNRGS190113. Skälet till att Region Halland avser att tilldela kontrakt utan föregående annonsering har bl.a. motiverats med följande. Region Halland har sedan tidigare ett upphandlat ramavtal avseende patientövervakningssystem och har ett väl fungerande nätverk inklusive licenser. Behovet avser avtal gällande leverans av produkter för utbyggnad och uppgradering av redan installerad infrastruktur samt tillhörande service och support. Varorna samt support- och servicetjänsterna kan endast tillhandahållas av en viss leverantör och av tekniska skäl finns därför ingen konkurrens. Ett byte av leverantör skulle medföra att Region Halland skulle tvingas anskaffa varor som är tekniskt oförenliga med nuvarande system. Regionen har med hänsyn till ovanstående motivering beslutat att genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 och 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU.

Infiniti Medical AB (Bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen. Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Bolaget anför.

**YRKANDEN M.M.**

**Vad Bolaget yrkar och anför**

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande.

Avtalen som tecknades 2009 och 2014 har tecknats i strid med LOU vilket medför att Region Halland otillåtet har direktupphandlat nu aktuell upphandling. En förutsättning för att en avtalsförlängning eller option ska vara godtagbar är att förlängningen eller optionen finns föreskriven i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Det finns ingen förlängningsklausul i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Av punkten 5 i Kravspecifikationen framgår förvisso att optioner gäller till och med den 30 oktober 2012. Optionerna är inte helt enkla att förstå men såvitt Bolaget kan utläsa har optionerna inte tillämpats. Vidare vill Bolaget framhålla att avtalet som tecknades 2014 rör sig om ett uppgraderingsavtal för Halmstad och en option för Varberg. Region Halland verkar därmed ha frångått de förutsättningar som gällde i den ursprungliga upphandlingen som endast avsåg Länssjukhuset i Halmstad i viss omfattning då 2014 års avtal även avser Sjukhuset i Varberg. Bolaget anser att det inte förelåg några förutsättningar att direkttilldela kontrakten som tecknades 2009 och 2014 då det inte fanns någon förlängningsklausul eller option som var tillämplig. Det framgår dessutom av handlingarna i målet att beställaren i ett upphandlat och ingånget kontrakt har bytts ut. Avtalet från 2004 avseende patientövervakning är upphandlat av Sjukhuset i Varberg och avtalet från 2006 avseende patientövervakning av Landstinget i Halland. Region Halland som alltså annonserat om förhandsinsyn är således ytterligare en upphandlande myndighet. Ett sådant förfarande strider mot de grundläggande principerna och då framför allt principen om öppenhet och transparens att beställaren i ett upphandlat och ingånget kontrakt byts ut. Att byta en beställare i ett offentligt upphandlat kontrakt är en väsentlig och därmed otillåten ändring

av det upphandlade kontraktet. En sådan väsentlig ändring gör att det i själva verket blir fråga om en ny upphandling och att annonseringsplikten enligt LOU då föreligger.

Region Halland har inte heller visat att undantagen i 6 kap. 14 § första stycket 2 eller 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU är tillämpliga. Av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 framgår att förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast ska användas under mycket exceptionella omständigheter med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen som kan uppstå. Det framgår vidare av praxis från EU-domstolen att alla undantag från skyldigheten att annonsera offentligt ska tolkas restriktivt. I förevarande fall finns konkurrerande aktörer på marknaden. Bolaget skulle helt säkert kunna byta ut det mesta av vad som redan finns avseende patientövervakning och samtidigt hålla sig inom angiven ekonomisk ram. Skälen till varför Region Halland valt det aktuella förfarandet talar snarare för en önskan om att få behålla en specifik leverantör än att möjliggöra för upphandling i konkurrens. Inte heller är undantaget i 6 kap. 17 § LOU tillämpligt eftersom det finns varor på marknaden som i och för sig avviker tekniskt från befintligt patientövervakningssystem men som ändå kan ersätta det. Region Halland måste låta leverantörer visa hur och till vilken kostnad de kan erbjuda likvärdiga varor som uppfyller Region Hallands behov. Kontraktssumman förefaller i sammanhanget astronomisk. Region Hallands beräkningar om att det inte är proportionerligt att upphandla i nuvarande situation är direkt vilseledande. Om Region Hallands beräkningar om restvärden skulle godtas skulle det i praktiken innebära att en upphandlande myndighet kan direktupphandla i all evighet med hänsyn till påstådda bokföringsmässiga restvärden. Region Hallands agerande är i praktiken en konstruerad avgränsning av marknaden.

För att undantagen i 6 kap. 17 § första stycket 2 a och b LOU ska vara tillämpliga ska det vara fråga om ett verkligt tillägg och inte en ren nyanskaffning samtidigt som varor från andra leverantörer är tekniskt oförenliga. Med hänsyn till att kontraktssumman i nuvarande fall uppgår till hela 50 miljoner kr anser Bolaget att det inte kan vara fråga om något kompletteringsköp utan kontraktssumman visar att Region Halland valt att både utöka och nyanskaffa. Bolaget vill särskilt uppmärksamma på att avtalet även omfattar sjukhuset i Varberg vilket inte har omfattats av det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Det bör dessutom understrykas att ett kontrakt om kompletterande leveranser endast får gälla under längre tid än tre år om det finns särskilda skäl.

#### **Vad Region Halland yrkar och anför**

Region Halland anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Landstinget Halland upphandlade patientövervakning till Sjukhuset i Varberg 2004 och till Länssjukhuset i Halmstad 2006. Avtal tecknades 2007. Sjukhusen var då självständiga förvaltningar och upphandlade var och en för sig. Därefter har det skett en organisationsförändring inom det dåvarande landstinget vilket innebär att de båda sjukhusen numera utgör en gemensam förvaltning inom Region Halland, kallad Hallands Sjukhus. Någon uppdelning på sjukhusnivå finns därför inte längre. Av de båda upphandlingarna framgår det att utbytet av patientövervakning med hänsyn till sin omfattning kommer att ske i etapper. Utrustning kan därför komma att köpas in under hela avtalstiden. Av serviceavtal avseende Halmstad och Varberg framgår det av avtalet för Länssjukhuset i Halmstad att avtalet även innefattar service. Region Halland har därför sedvanligt efter garantiutgång, två år efter inköp, 2009, tecknat ett serviceavtal. Det framgår även av Kravspecifikationen att förfrågan avser service och i punkt 2.3.5.5 har anbudsgivaren specifikt prissatt alternativa former av serviceavtal. Även i

upphandling av patientövervakning till Varberg 2004 framgår det att anbudsgivaren ska prissätta olika serviceavtal. Ett serviceavtal tecknades i samband med garantiutgången 2006 för Varbergs Sjukhus. I samband med utgång av serviceavtalet för Varbergs Sjukhus hade ovan beskrivna organisatoriska förändringar skett och de båda sjukhusen var att betrakta som en gemensam förvaltning varför serviceavtalen införlivades i ett och samma serviceavtal. Serviceavtalen omfattas av gjorda upphandlingar och är inte att betrakta som nya kontrakt eller tillägg.

Under 2014 tecknades ett programvaruavtal även kallat SMA. Avtalet syftade till att uppgradera mjukvara och ålderdomlig utrustning i takt med att den tekniska utvecklingen gått framåt och vården blivit allt mer högteknologisk. Programvaruavtalet omfattade programvara och gav tillgång till nya programvaruversioner samt erforderlig applikationsutbildning för användare. Uppgraderingar av mjukvara i befintliga system är nödvändiga dels för att implementera förbättringar och ny funktionalitet, men framförallt är det ett leverantörskrav att systemet uppgraderas kontinuerligt för att säkra drift och kompatibilitet inom upphandlat system. Eftersatt underhåll och därmed instabil drift på viktiga livsuppehållande system likt patientövervakning skulle innebära stora risker för patientsäkerheten. Ett sådant förfarande skulle strida mot Regionens uppdrag om tillhandhållandet av kvalitativ, säker och trygg vård enligt hälso- och sjukvårdslagen. Ett programvaruavtal till upphandlad befintlig utrustning kan av tekniska skäl endast tillhandahållas av den som levererat utrustningen. Undantag från upphandling förelåg därför enligt äldre LOU.

All tidigare upphandlad utrustning och den nu annonserade frivilliga förhandsinsynen har en och samma huvudman, upphandlande myndighet, Landstinget Halland/Region Halland med organisationsnummer 232100-0115. Bolaget har själva skickat in Region Hallands annons om frivillig förhandsinsyn av vilken organisationsnumret 232100-0115 tydligt framgår

tillsammans med sin överprövning. Något tvivel om vilken upphandlande myndighet som annonserat kan inte anses föreligga.

Region Halland har rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § LOU. Nuvarande system har Region Halland äganderätt till vad gäller samtliga delar så även för de licenser som krävs för att nyttja systemet. Avtalet som avses tecknas gäller utbyggnad och uppgradering av redan befintlig utrustning samt tillhörande service och support. Den enda leverantör som av tekniska skäl kan tillhandahålla de varor och tjänster som efterfrågas är den leverantör som levererat det befintliga systemet. Ett offentliggörande av en sådan upphandling skulle inte leda till en ökad konkurrens. Patientövervakning är komplexa tekniska produkter med stort behov av omgärdande infrastruktur såsom servrar innehållandes programvaror, klienter och switchar. Ingen annan än ursprungsleverantören kan därför tillhandahålla uppgraderingar och support. Det är inte heller möjligt för en annan leverantör att tillhandahålla utrustning för utbyggnad av befintligt system. Om Region Halland tvingas anskaffa ett helt nytt patientövervakningssystem skulle det medför att ett restvärde om 23 820 000 kr skulle gå förlorat. Att det finns leverantörer på marknaden som kan leverera mer eller mindre avancerade patientövervakningssystem råder det inga tvivel om. De systemen är dock inte tekniskt förenliga med tidigare anskaffade varor, vilket i Region Hallands fall avser hårdvara, mjukvara och infrastruktur. Ett sådant inköp skulle därmed förhindra Region Halland från att tillvarata redan gjorda ekonomiska investeringar samt generera cirka en miljon kr i ökad utvecklingskostnad för integrationer mot externa system. En stor del av utrustningen skulle, med ett nytt avtal med tidigare leverantör, kunna uppgraderas och därmed behållas under ytterligare tid vilket är det mest effektiva med hänsyn till nyttjandet av offentliga medel, miljön och personella resurser. Region Halland har inte på något konstlat sätt avgränsat eller begränsat konkurrensen för att skapa situationen. Åtgärden anses också

vara proportionerlig i förhållande till de kostnader som väntas uppkomma om Region Halland först tvingades avveckla befintligt system och sedan anskaffa och installera ett helt nytt. Region Halland har därmed rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.

Uppgraderingen i fråga är en utvidgning av en befintlig funktion i patientövervakningssystemet och inte en helt ny upphandling av separata enheter eller system. Avtalet avser i huvudsak utbyte av tidigare anskaffad utrustning och till viss del mindre tillägg till tidigare anskaffad utrustning. Anskaffningen är därför ett kompletteringsköp. Det finns inga alternativa leverantörer som kan genomföra uppgraderingen utan ett helt nytt system måste i så fall anskaffas vilket leder till omfattande fördyringar. Region Halland har därmed rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av kompletteringsköp enligt 6 kap. 17 § LOU.

## **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).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).



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 upphandlingen eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

*Fråga om Region Halland haft skäl för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering*

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Ett sådant förfarande får användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (6 kap. 14 § första stycket 2 och andra stycket LOU).

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att

- a) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, 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 (6 kap. 17 § första stycket 2 LOU).

EU-domstolen har uttalat att undantag från grundläggande regler i fördraget ska tolkas restriktivt och att den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (se t.ex. C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland).

En första fråga är om upphandlingen ska ses som ett nytt inköp eller som ett kompletteringsköp, dvs. om 6 kap. 14 eller 17 § LOU är tillämplig. Region Halland har i annonsen uppgett att båda bestämmelserna är tillämpliga vid upphandlingen.

Enligt annonsen avser upphandlingen utbyggnad och uppgradering av redan befintlig utrustning samt tillhörande service och support. Region Halland har anfört att den enda leverantör som av tekniska skäl kan tillhandahålla de varor och tjänster som efterfrågas är den leverantör som levererat det befintliga systemet. Vidare anger regionen att det finns leverantörer på marknaden som kan leverera patientövervakningssystem men att dessa andra system inte är tekniskt förenliga med befintligt system. Bolaget har anfört att de skulle kunna byta ut det mesta avseende patientövervakningssystemet och samtidigt hålla sig inom angiven ekonomisk ram. Upphandlingen avser emellertid inte ett utbyte av patientövervakningssystem utan en utbyggnad och uppgradering med tillhörande support. Det som ska upphandlas innebär således inte en upphandling av separata enheter eller system. Inköpet får därför anses utgöra kompletterande leverans av varor från den ursprungliga leverantören i tillägg till en tidigare leverans (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 november 2012 i mål nr 5631-12). Därmed är det 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU som är tillämplig i målet.

Det som Region Halland har uppgett om att det inte är tekniskt möjligt att göra en utbyggnad och uppgradering med någon annan än den leverantör som levererat det befintliga systemet, vilket inte heller har motsagts av

Bolaget, får godtas. Förvaltningsrätten anser därmed att Region Halland visat att förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU är uppfyllda. Skäl för ingripande med stöd av LOU finns därför inte på denna grund.

*Fråga om upphandlingen utgjort en otillåten avtalsförlängning av tidigare ingångna avtal m.m.*

Bolaget har bl.a. anfört att avtalen som tecknades 2009 och 2014 har tecknats i strid med LOU och att det i dessa avtal inte finns någon möjlighet till avtalsförlängning. Bolaget har också anfört att beställaren bytts ut jämfört med tidigare avtal.

Förvaltningsrätten har funnit att aktuell upphandling utgör ett kompletteringsköp med stöd av 6 kap. 17 § LOU. Det har således inte varit fråga om en förlängning av tidigare ingångna avtal varför skäl för ingripande på denna grund inte finns. Inte heller vad bolaget anfört i övrigt ger skäl för att ingripa mot upphandlingen. Mot denna bakgrund ska bolagets ansökan om överprövning avslås i sin helhet.

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

Karin Hansson

Tf. rådman

Föredragande jurist i målet har varit Sandra Andersson.



## 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](http://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.