



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2017-10-03
Meddelad i Jönköping

Mål nr 1622-17

KONKURRENSVERKET	
2017-10-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Smith & Nephew Aktiebolag, 556198-8345

Ombud: Advokat Thomas Ryhl och biträdande jurist Emelie Svensson
NJORD Law Firm, Danmark

MOTPARTER

1. Region Kronoberg
2. Mediq Sverige AB, 556252-2317

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 17 maj 2017 i
mål nr 419-17, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Mediq
Sverige AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 212621

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Smith & Nephew Aktiebolag (Smith & Nephew) yrkar i första hand att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom och avslå Mediq Sverige AB:s (Mediq) ansökan. Smith & Nephew yrkar i andra hand att kammarrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Smith & Nephew åberopar ett expertpanelutlåtande, vari anges en rekommendation avseende inställt tryck.

Region Kronoberg medger bifall till Smith & Nephews förstahandsyrkande och motsätter sig bifall till Smith & Nephews andrahandsyrkande.

Mediq motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖR

Smith & Nephew

Testet som har getts in har företagits på extrema situationer som inte har någon klinisk relevans. Det går utöver de krav som är aktuella i sjukvården och har därför ingen relevans i sin helhet. Mediq har i sitt anbud inte inkluderat tester i extrema situationer.

Det bör göras en rimlighetstolkning av opreciserade ska-krav såsom ”inställt tryck”. Ett sådant krav ska inte omfatta alla tryck som kan förekomma utan de tryck som är vanligt förekommande vid användning av den aktuella produkten, dvs. mellan -80 mmHg och -125 mmHg. En ordagrann tolkning som saknar sunt förnuft medför att leverantörerna ska förhålla sig till en orimlig skala.

Om det inte får göras en rimlig bedömning av vad som avses med ”inställt tryck” och ”oavsett pumpens läge”, står kravet inte i proportion till föremålet för upphandlingen. Om kravet ska tolkas på det sätt som förvaltningsrätten har gjort, är det varken tydligt eller klart. Det står därmed också i strid med transparensprincipen. Vidare innebär förvaltningsrättens tolkning av ska-kravet att det ges ett utrymme för en skönsmässig bedömning, eftersom anbudsgivare kan välja vad de vill redovisa om sin produkt och därmed bli bedömda utifrån olika kriterier. Detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Att det inte klart och tydligt har framgått vad som har efterfrågats har påverkat upphandlingens utfall på ett sätt som har medfört att bolaget har lidit skada.

Region Kronoberg

Smith & Nephew har uppfyllt kravet på dokumentation som styrker att pumpen upprätthåller inställt tryck för såväl grupp A som B. Varje normalt insatt och informerad anbudsgivare måste ha förstått att de extrema nivåer som omfattas av det åttonde testfallet i Smith & Nephews till anbudet fogade dokumentation inte har någon klinisk relevans. Kravet på dokumentation är proportionerligt och förutsebart.

Mediq

Att välja vilken dokumentation som ska bifogas anbudet är en del av anbudsgivarens ansvar. Om det inte ställs exakta krav på den dokumentation som ska lämnas, finns det en risk att en leverantör som har tillgång till två olika studier väljer att bifoga den som visar det mest fördelaktiga resultatet. Dokumentationen som Smith & Nephew har bifogat visar att det inställda trycket inte kan upprätthållas i något av testfallen. Trycket i sårbädden är i genomsnitt cirka 12 procent lägre än det inställda trycket och i de fall

pumpen befinner sig i ett högre läge än såret minskar trycket ytterligare. Region Kronoberg har inte angett någon tillåten avvikelse. Det skulle därför strida mot transparensprincipen att godkänna sådana testresultat. Det är fel att hävda att det åttonde testfallet saknar relevans för upphandlingsföremålet, eftersom nivåskillnaden är avgörande för resultatet och därmed den upprätthållna funktionen.

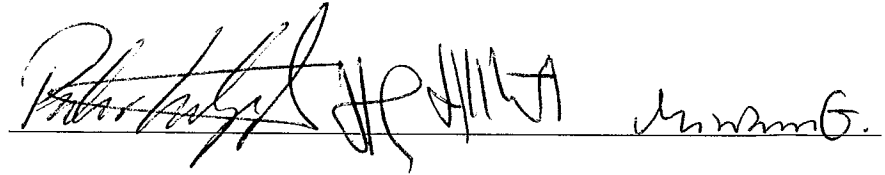
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt de aktuella kraven ska anbudsgivare bifoga dokumentation som styrker att produkterna upprätthåller inställt tryck oavsett läge. Som svar på kraven har Smith & Nephew till sitt anbud fogat ett testresultat, enligt vilket dess produkt har godkänts i testerna. I resultatet har noterats att det vid ett testfall har funnits två enheter som inte har uppfyllt kraven avseende tryck.

En upphandlande myndighet får enligt kammarrättens mening anses ha ett betydande utrymme när det gäller att bedöma om en leverantör uppfyller sådana tekniska krav som är aktuella i detta mål. Detta särskilt när det inte har ställts krav på att den dokumentation som ska ges in ska vara av ett visst slag. Region Kronoberg har bedömt att den dokumentation som Smith & Nephew har gett in uppfyller kraven och anført att den vid bedömningen har beaktat att dokumentationen till viss del innehåller uppgifter som inte har relevans för den avsedda användningen. Det har inte kommit fram skäl att ifrågasätta detta.

Mot denna bakgrund anser kammarrätten att Region Kronoberg haft fog för att godta den dokumentation som Smith & Nephew gett in och att bolaget därigenom har uppfyllt de aktuella kraven. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Peder Liljeqvist", is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

Kammarrättslagmannen Peder Liljeqvist (ordförande), kammarrättsrådet
Hans-Olof Hallbäck och tf. kammarrättsassessorn Miriam Gewarges
(referent) har deltagit i avgörandet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**
2017-05-17
Meddelad i VäxjöMål nr
419-17**SÖKANDE**Mediq Sverige AB, 556252-2317
Box 10302
434 24 Kungsbacka**MOTPARTER**1. Region Kronoberg
Upphandlingsenheten
351 88 Växjö2. Smith & Nephew Aktiebolag, 556198-8345
Box 143
431 22 MölndalOmbud för 2: Emelie Svensson
Njord Law Firm
Pilestræde 58
DK-1112
Köpenhamn
Danmark**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny anbudsutvärdering ska göras, varvid Smith & Nephew Aktiebolags anbud inte ska beaktas.

Dok.Id 153807

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	0470-255 02	måndag–fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Region Kronoberg har genomfört en upphandling avseende undertrycksbehandling med förband. Upphandlingen har skett som ett öppet förfarande enligt LOU där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Upphandlingen var indelad i två grupper och anbud kunde lämnas för en eller båda grupperna. I upphandlingen efterfrågades, såvitt är av intresse i målet, två artiklar, produktområde A (pump för rikligt vätskande sår inklusive öppen buk) och produktområde B (pump för övriga sår, avsedd för klinisk användning och hemmabruk). Produktområde A och B skulle utvärderas gemensamt. Region Kronoberg avsåg att anta en anbudsgivare per produktgrupp. Två anbud inkom i upphandlingen. Region Kronoberg meddelade ett tilldelningsbeslut den 27 januari 2017 varigenom Smith & Nephew Aktiebolag (Smith & Nephew) tilldelades uppdraget beträffande båda produktområdena.

YRKANDEN M.M.

Mediq Sverige AB (Mediq) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om utan beaktande av Smith & Nephews anbud. Mediq anför bl.a. följande. I bilaga 2 Kravspecifikation finns skallkrav gällande offererade produkter. Enligt uppgifter i Smith & Nephews anbud uppfyller deras produkter inte samtliga skallkrav.

- Vad gäller Pump A, rad 9, samt Pump B, rad 10, skall pumpen larma med ljus, ljud och text vid ej upprätthållet tryck, vid full behållare och vid låg batterinivå. I Smith & Nephews bilaga A1 s. 205–206 framgår att deras produkt inte larmar vid alla tillfällen då trycket inte upprätthålls. I bilaga A1 har Smith & Nephew beskrivit att pumpen larmar vid lågt tryck. Larmet avser dock när undertrycket i pump och slang, inte undertrycket i sårbädden, går under viss nivå. Upphand-

lingen avser undertrycksbehandling med förband. Behandlingen sker genom att undertryck, med hjälp av en pump, skapas i sårbädden. Om trycket i sårbädden inte upprätthålls påverkas behandlingseffekten negativt och kan till och med helt utebli. Med detta som bakgrund måste kravet på att pumpen ska larma vid ej upprätthållet tryck avse att trycket i såret inte upprätthålls eftersom ett bibehållet tryck i pumpen saknar relevans för behandlingen om trycket i sårbädden inte kvarstår. Om förseglingen förloras så förloras också trycket i såret. Smith & Nephews pump kan inte känna av och larma vid ej upprätthållet tryck i sårbädden.

- Vad gäller Pump A, rad 13, samt Pump B, rad 23, skall dokumentation som styrker att pumpen upprätthåller inställt tryck i sårbädden oavsett pumpens läge i förhållande till såret bifogas. Enligt Smith & Nephews bilaga A5 s. 240 framgår att deras pump inte uppfyller detta krav. Dokumentationen i bilaga 30 visar inte heller att kravet uppfylls, utan man kan se att stora skillnader i tryck föreligger. Trycket som beskrivs är inte relaterat till trycket i sårbädden, utan till trycket i pumpen. Kravet på att dokumentation som styrker att pumpen upprätthåller inställt tryck oavsett läge i förhållande till såret ska bifogas till anbudet uppfylls inte. Upphandlingen bryter mot 1 kap. 9 § LOU. På grund av att Mediq rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet har Mediq lidit skada då Region Kronoberg brutit mot bestämmelserna i LOU.

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

- När det gäller Pump A och B bestrider Region Kronoberg att skallravet avseende larmfunktion inte uppfylls av Smith & Nephew. Det finns i Smith & Nephews bilaga A1 beskrivet att pumpen larmar för lågt vacuum, kanister full och låg batterinivå. Mediq hänvisar till bilaga A1 i Smith & Nephews anbud, detta saknar dock relevans för larmfunktionen vid ej upprätthållet tryck. Smith & Nephew har i sin bruksanvisning beskrivit försiktighetsåtgärder. Om ordinerat tryck i

pumpen inte kvarstår larmas för inte upprätthållet tryck. Om det istället avser blockering så larmar pumpen för blockering.

- Region Kronoberg bestrider att skullkravet avseende dokumentation som styrker att Pump A upprätthåller inställt tryck i sårbädden oavsett pumpens läge i förhållande såret inte uppfylls. Smith & Nephew har i samband med anbudslämning (bilaga 30) skickat in en studie där pumpen är testad gällande placering av pumpen i förhållande till terapiområdet. Pumpen upprätthåller inställt tryck inom en godkänd toleransnivå i sju av åtta testfall. Det testfall där trycket inte kan upprätthållas inom godkänd toleransnivå har i realiteten ingen klinisk relevans. Bilaga A5 avser en bruksanvisning till personal inom hem-sjukvården. Bilden på s. 240 gäller rekommenderat läge på pumpen i förhållande till patienten för att säkerställa att ordinerad behandling ges. Bilden ska inte tolkas som att pumpen inte uppfyller uppställt krav gällande att inställt tryck upprätthålls, om pumpen placeras i förhållande till patienten såsom på bilden.

Smith & Nephew bestrider Mediqs yrkande och anför bl.a. följande. De offererade och godkända pumparna uppfyller samtliga skullkrav. Registrering av negativt tryck sker genom ett samspel från övre delen av sårförbandet till pumpen. I anbudet bifogades dokumentation som tydligt redovisar hur det negativa trycket i sårbädden upprätthålls vid flera utmanande situationer. När det gäller upprätthållande av inställt tryck oavsett pumpens läge har Mediq refererat till en extremt utmanande situation som näst intill aldrig förekommer. Skulle en sådan situation uppstå utlöses blockeringslarmet. Pumpen klarar därför även detta extrema test.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes i samband med att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. I övergångsbestämmelserna anges dock att den upphävda lagen alltså ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den upphävda lagen är alltså tillämplig vid bedömningen av den nu aktuella upphandlingen.

Enligt 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas och att domstolens prövning begränsas till de grunder som parten åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Larmfunktion Pump A och B

Enligt förfrågningsunderlaget A. Pump för rikligt vätskande sår inkl. öppen buk, Pump A, framgår bl.a. följande. Pumpen skall larma med ljud, ljus och text för följande:

- ej upprätthållet tryck,

- vid full behållare,
- vid låg batterinivå.

Av förfrågningsunderlaget B. Pump för övriga sår, avsedd för klinisk användning och hemmabruk, Pump B, framgår bl.a. följande. Pumpen skall larma med ljud, ljus och text för följande:

- ej upprätthållet tryck,
- vid full behållare,
- vid låg batterinivå.

Vad Mediq har anfört i denna del visar enligt förvaltningsrättens mening inte att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

Dokumentation inställt tryck pump A och B

Enligt förfrågningsunderlaget A. Pump för rikligt vätskande sår inkl. öppen buk, Pump A, framgår bl.a. följande. Dokumentation som styrker att pumpen upprätthåller inställt tryck i sårbedden oavsett pumpens läge i förhållande till såret skall bifogas.

Av förfrågningsunderlaget B. Pump för övriga sår, avsedd för klinisk användning och hemmabruk, Pump B, framgår bl.a. följande. Dokumentation som styrker att pumpen upprätthåller inställt tryck i sårbedden oavsett pumpens läge i förhållande till såret skall bifogas.

Förvaltningsrätten konstaterar att de aktuella kraven är utformade som obligatoriska krav. Region Kronoberg har bl.a. anfört följande beträffande den dokumentation som Smith & Nephew har skickat in. Pumpen upprätthåller inställt tryck inom en godkänd toleransnivå i sju av åtta testfall. Det testfall där trycket inte kan upprätthållas inom godkänd toleransnivå har i realiteten ingen klinisk relevans. Förvaltningsrätten gör bedömningen att Smith & Nephews bifogade dokumentation, enligt vad som framkommit i målet, inte

uppfyller de obligatoriska kraven såsom de har formulerats, dvs. att dokumentationen som skall bifogas styrker att pumpen upprätthåller inställt tryck i sårbedden oavsett pumpens läge i förhållande till såret. Potentiella leverantörer har, genom att de obligatoriska kraven angetts i förfrågningsunderlaget, haft anledning att förutsätta att kraven varit viktiga för den upphandlande myndigheten. Kraven får anses ha en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan i sig inte anses vara oproportionerliga. Genom att anta Smith & Nephews anbud har Region Kronoberg agerat i strid med likabehandlingsprincipen (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 20 maj 2016 mål nr 2691-15). Det föreligger således skäl för ingripande enligt LOU i denna del.

Har Mediq lidit skada?

Av utredningen i målet framgår att två anbud inkom i upphandlingen, Mediq och Smith & Nephews anbud, varav Smith & Nephew tilldelades uppdraget. Eftersom Region Kronoberg har antagit Smith & Nephews anbud i strid med förfrågningsunderlagets obligatoriska krav får Mediq således anses ha lidit skada i den meningen som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att den upphandlande myndigheten, genom att anta anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, har agerat i strid mot reglerna i LOU och principen om likabehandling. Detta har medfört att Mediq har lidit skada. Ansökan ska således bifallas och upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras utan beaktande av Smith & Nephews anbud.

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

Ewa Nordström
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande: Maria Gustafsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.