



SÖKANDE

GE Healthcare Sverige AB, 556603-3139

Ombud: Advokat Anna Ulfsson Forssell
Advokatfirman Ulfsson AB
Box 5102
102 43 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Uppsala

Ombud: Advokat Natalie Svensson
Advokatfirman dNovo Helsingborg HB
Box 1108
251 11 Helsingborg

2. Dräger Sverige AB, 556629-5100

Ombud: Advokat Fredrik Persson och biträdande jurist Linus Nilsson
Advokatfirman Nordia
Kungsportsavenyn 1
411 36 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Region Uppsalas upphandling av Kombinerade slutna/öppna kuvöser, dnr UPPH2019/0045, inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Dräger Sverige AB inte beaktas.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Uppsala har genomfört upphandling av Kombinerade slutna/öppna kuvöser, dnr UPPH2019/0045. I tilldelningsbeslut den 10 juni 2019 har Region Uppsala beslutat att Dräger Sverige AB ska tilldelas avtal.

GE Healthcare Sverige AB (GE Healthcare) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny anbudsutvärdering görs utan beaktande av anbudet från Dräger Sverige AB. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Region Uppsala har genom att anta ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingen brutit mot såväl likabehandlings- och transparensprincipen. Om det inte vore för regionens överträdelse skulle GE Healthcare ha tilldelats kontrakt i upphandlingen och har därmed lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada.

Region Uppsala bestrider yrkandet och anför bl.a. följande. Region Uppsala har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna. Dräger Sverige AB har i sitt anbud angivit att det aktuella kravet är uppfyllt och mot bakgrund av den upphandlande myndighetens begränsade utredningsplikt har regionen agerat korrekt genom att anta anbudet. Med anledning av GE Healthcares påstående att den offererade kuvösen inte uppfyller samtliga krav har Region Uppsala vidtagit en mer vidsträckt undersökning och funnit att den offererade kuvösen uppfyller det aktuella kravet.

Dräger Sverige AB (Dräger) anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. att det GE Healthcare gjort gällande inte visar att Drägers offererade kuvös inte uppfyller de obligatoriska kraven samt att Region Uppsala har tolkningsföreträde avseende skrivningar i de egna upphandlingsdokumenten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Enligt punkt 4.2 i kravspecifikationen för den aktuella upphandlingen ska kuvösen vara anpassad för att användas för mycket underburna och fullgångna barn (från 0,3 kg upp till 7 kg). GE Healthcare har i sin ansökan anfört att den offererade kuvösen från Dräger inte uppfyller kravet då kuvösen enligt bolagets bruksanvisning ger en värmereglerad miljö för patienter med en kroppsvikt om maximalt 5 kg (11 lbs).

Dräger har i sitt anbud intygat att kravet i punkt 4.2 är uppfyllt vilket enligt svarsformuläret är tillräckligt för att kravet ska anses uppfyllt. Med anledning av det GE Healthcare anfört om bristande kravuppfyllelse har Region Uppsala begärt ytterligare information från Dräger. Förvaltningsrätten konstaterar att den information som Dräger därefter lämnat inte utgör någon otillåten komplettering. Däremot bör omständigheter som blivit kända först senare, även under en överprövningsprocess, enligt förvaltningsrättens mening beaktas vid bedömningen av om en leverantör uppfyller ställda ska-krav (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Dräger har i upphandlingen offererat kuvösen Babyleo TN500. Enligt kuvösens bruksanvisning är produkten avsedd att användas med för tidigt födda barn och nyfödda, och kan både användas som kuvös och strålningsvärmare. Vidare anges att enheten ger en värmereglerad miljö för patienter med en kroppsvikt av maximalt 5 kg (11 lbs) och en längd av maximalt 55 cm (22 in). Enligt intyg från Dräger har begränsningarna angetts för att påminna användaren om det begränsade utrymmet i kuvösen.

I intygen anges även att patienter över 5 kg inte skulle få plats i enheten och att vård i sluten miljö oftast inte behövs för de patienterna, men att designen möjliggör behandling av större patienter. Dräger har även per e-post till Region Uppsala bekräftat att kravet i punkt 4.2 uppfylls och uppgett att det som anges i bruksanvisningen är en generell rekommendation och att det inte föreligger några begränsningar gällande kuvösens funktionalitet upp till 10 kg.

Region Uppsala anser mot bakgrund av informationen från Dräger att begränsningen i bruksanvisningen enbart ska ses som en allmän information om lämplig vikt för bebisar som nyttjar en kuvös och att det är fråga om utrymme och inte funktionalitet. Region Uppsala menar att den offererade kuvösen kan behandla barnet med full funktionalitet så länge barnet får plats i kuvösen och inte väger mer än 10 kg, vilket är begränsningen för den integrerade vågen. Enligt Region Uppsala påverkas inte kuvösens funktion av den aktuella vikten så länge barnet får plats i kuvösen.

Dräger har anfört att avsikten med bruksanvisningen aldrig varit att förmedla att den offererade kuvösens användningsområde är begränsat för barn under 5 kg. Vidare uppger Dräger att den offererade kuvösen är anpassad för barn upp till 10 kg och att dess funktionalitet inte möter några begränsningar eller hinder inom ramen för det användningsområde som det aktuella kravet avser.

GE Healthcare anser att då det i bruksanvisningen för den offererade kuvösen anges att användning utanför angivet användningsområde sker på egen risk innebär det att om Region Uppsala använder kuvösen för patienter med en kroppsvikt över 5 kg så sker den användningen helt på regionens egen risk. GE Healthcare har även anfört att en medicinteknisk produkts funktionalitet inte kan garanteras vid användning utanför angiven avsedd användning för produkten. GE Healthcare har hänvisat till den tekniska dokumentation som tillverkare av medicintekniska produkter ska upprätta och som behövs för att CE-märka produkten. Enligt GE Healthcare intygar tillverkaren genom att sätta ett CE-märke på produkten att den är säker och lämplig för sitt ändamål och bolaget har även anfört att en produkts avsedda användning kan utläsas av bruksanvisningen. GE Healthcare menar att Dräger därför endast intygar att den offererade kuvösen kan användas för patienter med en kroppsvikt upp till 5 kg.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2016 ref. 37 uttalat bl.a. följande. När en upphandlande myndighet kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Potentiella leverantörer ska kunna vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet.

Att barn över 5 kg oftast inte får plats i en kuvös av utrymmesskäl, oavsett leverantör, kan mot bakgrund av det som uttalats i HFD 2016 ref. 37 enligt förvaltningsrätten inte påverka bedömningen av om kravet i punkt 4.2 i kravspecifikationen uppfylls av den kuvös som Dräger offererat, eftersom kravet innebär att kuvösen ska vara anpassad för barn upp till 7 kg.

En CE-märkning säger förvisso inte något om en produkts kravuppfyllelse avseende i en upphandling uppställda krav. Varken Region Uppsala eller Dräger har emellertid invänt mot det GE Healthcare anfört om att Dräger genom den tekniska dokumentation som ligger till grund för kuvösens bruksanvisning endast garanterar kuvösens funktionalitet för barn upp till 5 kg. Förvaltningsrätten anser därmed att det GE Healthcare anfört visar att Drägers offererade kuvös inte uppfyller kravet att vara anpassad att användas för mycket underburna och fullgångna barn (från 0,3 kg upp till 7 kg) då kuvösens funktionalitet inte kan garanteras för barn över 5 kg.

Att en tillverkare begränsat det avsedda användningsområdet för en produkt måste enligt förvaltningsrätten anses innebära att produkten inte heller ska användas utanför det användningsområdet. Det Region Uppsala och Dräger anfört om att kuvösen kan användas för barn upp till 10 kg så länge utrymmet tillåter ändrar därför inte förvaltningsrättens bedömning.

Ansökan ska därför bifallas och upphandlingen rättas på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om, varvid anbudet från Dräger inte beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Lena Björner
rådman

Målet har handlagts av föredragande juristen Charlotta Fröhammar.



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 nyårsafton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

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.