



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-06-18
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2184-14
Enhet 1

SÖKANDE

Gambro Lundia AB, 556057-7594

Ombud:
Advokat Per-Owe Arfwedson
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-06-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län (landstinget) har genomfört en upphandling avseende akutdialysmaskiner, dnr UPPH2014-0009. Landstinget har fattat ett tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Fresenius Medical Sverige AB (Fresenius).

YRKANDEN M.M.

Gambro Lundia AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Landstinget avsåg från början att upphandla en viss typ av behandling (CVVHD) som tillhandahålls av Fresenius trots att det finns andra likvärdiga behandlingar (CVVH och CVVHDF). Landstinget valde dock, efter att av bolaget ha uppmärksamats på att upphandlingen var konkurrensbegränsande, att ändra i förfrågningsunderlagets prismatris så att det blev tekniskt möjligt att även offerera CVVHDF-behandlingar. Landstinget korrigerade dock inte prismatrisen så att det blev möjligt att prissätta en CVVHDF-behandling.

Upphandlingen har genomförts i strid med transparensprincipen och lika-behandlingsprincipen genom att landstinget i förhand bestämt sig för en viss typ av akutdialysmaskin. Bolaget har p.g.a. kravställningens utformning inte kunnat fylla i prismatrisen och därmed kvalificera sitt anbud till utvärdering. Bolaget har därigenom förhindrats delta i upphandlingen på samma villkor som övriga anbudsgivare.

Landstinget har vidare, trots att objektiva skäl saknas, uppställt krav på citratdos om 4 mmol/L, trots att bolaget kan erbjuda en lägre citratdos. Landstinget har därmed tillämpat oproportionerliga och konkurrensbegrän-

sande obligatoriska krav som onödigt fördyrar bolagets anbud och samtidigt ger Fresenius en omotiverad fördel i upphandlingen.

Bolagets offererade lösning bygger på CVVHDF, dvs. både på konvektion där ersättningsvätska tillförs och diffusion där dialysatvätska tillförs. Vid en behandling enligt CVVHDF tillförs därför inte 2 000 ml/h dialysvätska utan en mindre mängd dialysvätska samt ersättningsvätska. För att utvärderingen ska kunna ske korrekt av CVVHDF måste därför volymen dialysvätska minskas från den förutbestämda volymen och en ny rad i prismatrisen tillkomma där volymen ersättningsvätska anges och prissätts separat. I prismatrisen fanns endast en rad för den gemensamma kostnaden för "citratlösning/ersättningslösning med citrat" men inte någon separat rad för "ersättningslösning". Det var därför inte möjligt att prissätta ersättningsvätska separat eller prissätta dialysatvätskan på ett rimligt sätt eftersom volymen (2 000 ml/h) är för stor när även ersättningsvätska måste tillföras.

Landstinget har, för att uttrycka det enkelt, ändrat förfrågningsunderlaget så att det blev tekniskt möjligt att offerera CVVHDF, men har inte gett anbudsgivarna möjlighet att på ett rättvisande sätt prissätta samtliga ingående delar i en CVVHDF-behandling. Därmed är prismatrisen utformad för att endast kunna utvärdera en CVVHD-behandling, men inte en CVVHDF-behandling. Landstingets förfarande i upphandlingen strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen eftersom det ska vara fullt möjligt att offerera och även prissätta alla delar som ingår i en CVVHDF-behandling.

I prismatrisen anges en förbrukning av citratlösning per timme om 4,0 mmol/L blodflöde. Förbrukningen motsvarar Fresenius citratdos. Det sökande bolaget tillämpar en lägre citratdos och behöver enligt sitt publicerade protokoll endast en koncentration om 3,0 mmol/L citrat i blodflödet. Det saknas anledning att låsa fast koncentrationen av citrat till 4,0 mmol/L.

Det finns inte något sakligt och motiverat medicinskt skäl för detta. Kravet är därmed ovidkommande och oproportionerligt eftersom kravet lika gärna skulle kunna sättas till 3,0 mmol/L utan att det skulle påverka dialysbehandlingen för patienten. Enda skälet till att kravet uppställts förefaller vara att citratdosen motsvarar den nuvarande leverantörens citratdos vid dialysbehandling. Ett sådant förfarande strider mot likabehandlingsprincipen och framstår som oproportionerligt.

Bolaget har lidit skada genom att dess anbud inte utvärderats och att bolaget därigenom förhindrats att delta i upphandlingen på samma villkor som andra anbudsgivare.

Landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan och anför till stöd för sin talan i huvudsak följande.

Bolaget har inte lidit, eller riskerat att lida, skada till följd av den påstådda bristen.

CVVHD-behandlingar erbjuds inte endast av Fresenius utan även av andra leverantörer. Det finns inte några som helst medicinska evidens och heller inget vetenskapligt stöd i övrigt utvisande att dessa, som det påstås, likvärdiga behandlingar är mer framgångsrika, patientsäkra eller på något annat sätt genererar en högre behandlingsstandard än metoden CVVHD. Detta gäller oavsett vilken citratdos som används. Landstinget kan varken vitsorda eller bestrida att någon likvärdig metod kommer att kunna användas på ett lika framgångsrikt sätt som vid CVVHD-behandling, som använts mycket framgångsrikt.

Landstinget anser inte att prismatrisen eller upphandlingsunderlaget i övrigt var konkurrensbegränsande tidigare, innan ändringen gjordes så att det blev tekniskt möjligt att även offerera CVVHDF-behandlingar. Detta sak-

nar visserligen relevans sedan landstinget faktiskt ändrat i förfrågningsunderlaget.

För att en ansökan om överprövning av en upphandling ska bifallas krävs dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de upphandlingsrättsliga grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU, dels att överträdelsen har medfört att anbudsgivaren har lidit eller kan komma att lida skada. Det måste finnas ett orsakssamband mellan en överträdelse och skadan. Sökanden har bevisbördan.

Det är med den utrustning bolaget offererat möjligt att utföra behandling medelst metoden CVVHD. Oavsett om prismatrisen begränsat bolagets möjligheter att lämna anbud avseende behandlingsmetoden CVVHDF eller inte, har bolaget haft möjlighet att lämna ett anbud avseende metoden CVVHD. Bolaget har sålunda de facto varit oförhindrat att fylla i prismatrisen men avstått denna möjlighet. Med beaktande av denna omständighet saknas ett orsakssamband mellan den påstådda överträdelsen och skaderekvisitet.

Det kan på motsvarande sätt inte göras gällande att kravet om viss citratdos är konkurrensbegränsande, i vart fall inte till men för bolaget eftersom även detta kan offerera och tillhandahålla marknaden CVVHD-behandling. Även påståenden om att kravet är oproportionerligt saknar därmed relevans.

Kravet avseende citratdosen är heller inte i sak oproportionerligt. Den behandlingsmetod som tillämpas på Akademiska Sjukhuset i Uppsala är av mycket god kvalitet och tillgodoser patientens dialysbehov mycket framgångsrikt med CVVHD-metoden. Av statistik framgår att mortaliteten är mycket låg i förhållande till antalet jämförda behandlingstimmar vid en jämförelse med övriga landet.

Bolaget genmäler och anför i huvudsak följande.

Eftersom både CVVHD och CVVHDF har efterfrågats av landstinget måste båda behandlingarna kunna prissättas och utvärderas. Prismatrisen har varit utformad så att det endast varit möjligt att prissätta och utvärdera CVVHD. Hade prismatrisen utformats på ett korrekt sätt hade inte bolagets anbud uteslutits från upphandlingen. Det föreligger därför ett direkt orsakssamband mellan de påtalade bristerna och bolagets skada. Då landstinget efterfrågade antingen CVVHD- eller CVVHDF-behandling är det anbudsgivaren som ska avgöra vilken av de två behandlingarna som offereras, varför det finns ett orsakssamband mellan bristen och bolagets skada. Dessutom bör uppmärksammas att även om bolagets dialysutrustning också stöder CVVHD-behandling, har bolaget inget behandlingsprotokoll för CVVHD-behandlingar. Det är flera år sedan bolaget aktivt marknadsförde och tillhandahöll CVVHD-behandlingar med behandlingsprotokoll. Att bolagets mjukvara stöder sådana behandlingar är inte samma sak som att det haft möjlighet att offerera en CVVHD-behandling.

Bolaget motsätter sig att ett obligatoriskt krav uppställts på att förbrukningen av citrat ska vara 4,0 mmol/L blodflöde eftersom detta motsvarar en CVVHD-behandling med nuvarande leverantörs behandlingsprotokoll. Landstinget har bevisbördan för att det saknas möjlighet att uppställa ett mindre långtgående krav och har inte redogjort för varför det inte varit möjligt att sätta citratdosen lägre. Att en viss behandlingsmetod är välkänd och etablerad samt tillhandahålls av flera leverantörer stämmer i högsta grad in även på CVVHDF. Metoden tillhandahålls förutom av bolaget även av landstingets nuvarande leverantör.

Vad gäller statistiken med mortalitet från landets sjukhus kan mortaliteten bero på flera olika orsaker. Det går inte att dra några slutsatser kring morta-

liteten och storleken på citratdosen vid dialysbehandling. Det kan även noteras att mortaliteten vid Lasarettet i Alingsås överstiger den vid Akademiska Sjukhuset trots att båda sjukhusen använder samma behandlingsmetod, CVVHD.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ingripa mot landstingets upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i målet inte är möjligt att ta ställning till huruvida det är påkallat att i förfrågningsunderlaget endast acceptera anbud avseende CVVHD-behandling och att inte efterfråga CVVHDF-behandling, såsom ursprungligen gjordes i upphandlingen. Rätten kan heller inte beakta om hälsoskäl eller medicinska skäl talar för den ena behandlingsmetoden snarare än den andra. Förvaltningsrättens utgångspunkt är att båda metoderna slutligen efterfrågats i upphandlingen.

Bolaget har gjort gällande att det inte varit möjligt att prissätta dess anbud avseende CVVHDF-behandling. Detta har inte motsagts av landstinget. Förvaltningsrätten finner därmed att det i upphandlingen felaktigt gjorts en skillnad mellan anbud avseende CVVHD-behandling och anbud avseende

CVVHDF-behandling, trots att båda behandlingsmetoderna godtagits i förfrågningsunderlaget. Det framstår också mot bakgrund av att båda behandlingsmetoderna godtagits inte heller som motiverat att citratdosen låsts vid en nivå som är typisk för den ena behandlingsmetoden. Landstingets förfarande har därmed i dessa avseenden stridit mot likabehandlingsprincipen.

Frågan är därefter om bolaget lidit eller kunnat lida skada till följd av att landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen. Landstinget har anfört att bolaget har kapacitet att lägga anbud avseende CVVHD-behandling och därför inte kunnat lida skada till följd av landstingets förfarande. Bolaget har anfört dels att bolaget ska kunna välja vilken efterfrågad produkt det vill erbjuda, dels att det för närvarande egentligen inte har kapacitet att erbjuda CVVHD-behandling.

Enligt förvaltningsrättens mening behöver inte bolaget för att kunna anses ha lidit skada visa att det uteslutits från att lägga anbud i upphandlingen. Det räcker att det p.g.a. att landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen förhindrats att lägga sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Eftersom det i upphandlingen gjorts skillnad mellan båda produkterna har bolaget lidit skada redan då det inte på ett adekvat sätt kunnat erbjuda sitt förstahandsalternativ. Därtill kommer bolagets uppgift om att det för närvarande inte har kapacitet att erbjuda båda behandlingsmetoderna.

Landstinget har således i upphandlingen brutit mot likabehandlingsprincipen och bolaget har lidit skada därav. Felet hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet. Bolagets ansökan ska därför bifallas och upphandlingen göras om.

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



Peter Lif
rådmån

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 nå 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.