



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 1

DOM
 2012-02-23
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 9798-11E
 Enhet 1:2

SÖKANDE
 Miracon AB, 556447-9425
 Henry Dunkers Plats 6
 252 67 Helsingborg

Ombud: Advokaten William Kjellberg
 Advokatfirman Grönvall HB
 Box 10248
 434 23 Kungsbacka

MOTPART
 Västra Götalandsregionen
 Regionens Hus
 462 80 Vänersborg
 Ombud: Regionjuristen Roy Svensson

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förklarar att avtalen mellan Bayer, via dess leverantör Tamro AB, och VGR den 1 och den 8 september 2011 är ogiltiga.

KONKURRENSVERKET	
2012 -02- 23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har under 2008/2009 genomfört en upphandling benämnd "Gyn obstetrik BB" där en av flera produkter som upphandlades var kopparspiraler. Miracon AB var ensam anbudsgivare på kopparspiraler och uppfyllde det så kallade skall-kravet om CE-märkning. Miracon AB tilldelades kontraktet.

Den 1 och den 8 september 2011 har VGR beställt kopparspiraler från Bayer.

YRKANDEN M.M.

Miracon AB (Miracon) yrkar att de avtal som VGR ingått med Bayer, via dess leverantör Tamro AB den 1 och den 8 september 2011 ska vara ogiltiga. Miracon anför bl.a. följande. De har sedan 2011 marknadsfört företaget Eurogines spiral Novaplus T 380 i Sverige. Den är sedan den 1 maj 2009 upphandlad som enda spiral i Västra Götaland. Spiralen är närmast en kopia på Bayer AB:s spiral Nova T 380 vars patent gått ut men med ett fördelaktigare pris. Spiralen bygger helt på de studier som gjorts beträffande konkurrenten Nova T 380, dess föregångare, samt jämförande studier med andra spiraler och tillverkas enligt den internationella standarden. Den har vidare CE-godkännande. Efter upphandling under början av år 2009 beslöt VGR att anta Miracon som enda leverantör av kopparspiraler. Regionen tecknade ett ramavtal med Miracon som skulle gälla från den 1 maj 2009 och har därför i viss utsträckning köpt kopparspiraler enligt avtalet av märke Novaplus T 380. Miracon är genom avtalet ensam leverantör av kopparspiraler till VGR. I syfte att komma runt kontraktet inköpte dock VGR 12 000 spiraler inom regionens tidigare avtal, motsvarande två årsvolymmer från konkurrenten Bayer AB av kopparspiralen Nova T 380 i april och maj

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 3
9798-11E

månad 2009 innan avtalet med Miracon trädde i kraft. Under 2011 beslöt regionen att, vilket framgår av bifogade beställning den 18 januari 2011 att köpa in ytterligare 1 740 kopparspiraler av märket Nova T 380 från Bayer AB till ett belopp om 287 000 kr. Detta låg beloppsmässigt inom det tillåtna beloppet för en direktupphandling. I september månad har dock VGR beställt sammanlagt 300 kopparspiraler från Bayer till ett belopp om sammanlagt 49 500 kr. Inköpet innebär att VGR kommit över beloppsgränsen för tillåten direktupphandling. Kopparspiralerna Nova T 380 och Novaplus T 380 är likvärdiga. Det föreligger inte mer brister avseende Novaplus T 380 än vad det gör för Nova T 380. Det finns fler och allvarigare anmälningar mot Nova T 380 än mot Novaplus T 380.

VGR anser att yrkandet om ogiltighetsförklaring ska avslås och anför bl.a. följande. VGR har företagit en upphandling i enlighet med 15 kap. 3 § LOU eftersom det förelegat synnerliga skäl. Det saknas således grund för att ogiltigförklara avtalet enligt 16 kap. 15 § LOU när det inte fanns krav på annonsering. För den händelse förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger grund för att ogiltigförklara avtalen ska dessa ändå bestå eftersom det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. VGR har genomfört en upphandling där Miracon AB var ensam anbudsgivare avseende kopparspiraler och uppfyllde det s.k. skall-kravet om CE-märkning. Miracon AB tilldelades upphandlingen och kontrakt tecknades. VGR har därefter företagit direktupphandlingar av kopparspiraler för att uppfylla kravet i 3 § hälso- och sjukvårdslagen (HSL) om att kunna tillhandahålla en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Enligt 3 § HSL ska landstinget erbjuda god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget. Av 6 kap. 1 § patientsäkerhetslagen ska hälso- och sjukvårdspersonalen utföra sitt arbete i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Landstingets hälso- och sjukvårdspersonal anser inte att arbetet kan utföras enligt vetenskap och beprövad erfarenhet om de använder Miracons kopparspiral eftersom det saknas klinisk doku-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

mentation på säkerhet. Landstingets personal anser inte att Miracons kopparspiral är likvärdig med Bayers kopparspiral. För att erhålla CE-märkning på sin produkt har Eurogine hänvisat till befintliga studier avseende Bayers spiral med motiveringen att det inte är nödvändigt att spendera resurser och besvära personer i en klinisk undersökning för att demonstrera något som redovisats för många år sedan. Eurogines ståndpunkt bygger på antagande att det är fråga om samma produkt. VGR menar att så är inte fallet. Den Euroginespiral som ligger närmast Nova T är större och löper trögare i röret vid insättning vilket ger en reellt ökad risk för att sticka hål på livmodern under insättning. Det är således inte möjligt att luta sig mot studier av Nova T vid marknadsföring eftersom det inte är fråga om samma spiral. Att Miracon erbjuder sig att visa och informera om hur deras produkt ska användas talar ytterligare för att det inte är fråga om samma produkt. Ovan angivna förhållanden i förening med kravet att landstinget ska tillhandahålla god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget får anses utgöra sådana synnerliga skäl som avse i 15 kap. 3 § LOU. För övrigt kan tilläggas att för den som har tagit del av prop. 2009/10:180 s. 344 framgår att i uttrycket "synnerliga skäl" inte enbart ligger synnerlig brådska. Det föreligger en tvingande hänsyn till allmänintresset. Ett av skälen för att inskränka den fria rörligheten är bl.a. skyddet för människors liv och hälsa. VGR:s uppfattning är således att även om förutsättningar skulle finnas för att avtalet skulle kunna förklaras ogiltigt ska det trots detta bestå eftersom det föreligger en tvingande hänsyn till allmänintresset. Agerandet är utifrån människors liv och hälsa.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

I 15 kap. 3 § LOU stadgas följande. En offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 5
9798-11E

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 2 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 15 § LOU stadgas följande. Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 16 kap. 16 § LOU stadgas följande. Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM***Förvaltningsrättens bedömning*

Det är ostridigt att det har skett en direktupphandling genom att VGR har handlat spiraler från Bayer. Vidare har VGR sammanlagt handlat utöver det belopp som enligt 15 kap. 3 § LOU är tillåtet. VGR anför att det funnits synnerliga skäl till att direktupphandla utöver det tillåtna och att avtalen därför inte ska ses som en otillåten direktupphandling alternativt anser VGR att det finns grund för ogiltighet men att avtalen ändå ska bestå eftersom det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Det är myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. (prop. 2001/02:142 s. 99). Av förarbeten och praxis från EG-domstolen vidhålls att undantagen ska användas restriktivt.

Synnerliga skäl

VGR menar att de spiraler som tillhandahålls av Miracon medför att arbetet inte kan utföras enligt vetenskap och beprövad erfarenhet om de använder den kopparspiral som Miracon tillhandahåller eftersom det saknas klinisk dokumentation på säkerhet. Man menar vidare att den spiral som Miracon har är större och löper trögare i röret vid insättning vilket ger en reellt ökad risk för att sticka hål på livmodern under insättning. Miracon har bl.a. invänt att spiralen har varit upphandlad hos flera andra landsting och används i flera andra länder samt att den är en närmast kopia på Bayers spiral. Förvaltningsrätten finner att den utredning som VGR gett in i målet inte med tillräcklig styrka har visat att det förelegat synnerliga skäl som medger direktupphandling utöver det belopp som är tillåtet.

Tvingande hänsyn till allmänintresse

Enligt förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 139) ska bestämmelsen om tvingande hänsyn till ett allmänintresse tolkas restriktivt och det är endast

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1


DOM

Sida 7
9798-11E

exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Det ligger i sakens natur att den som åberopar att sådan undantagssituation föreligger också har bevisbördan för detta. VGR har enligt förvaltningsrätten inte med erforderlig styrka visat att en sådan undantagssituation föreligger.

Sammanfattningsvis har således VGR inte visat att det förelegat synnerliga skäl som medger direktupphandling utöver det belopp som är tillåtet enligt 15 kap. 3 § LOU eller att det på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse funnits anledning att avtalen ändå ska bestå. Miracons ansökan om ogiltighetsförklaring av avtalen mellan Bayer via dess leverantör Tamro AB och VGR den 1 och 8 september 2011 ska därför bifallas.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit Jennifer Onäng.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU