



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann Liljedal

DOM
 2016-09-08
 Meddelad i Falun

Mål nr
 2281-16

SÖKANDE

Nordic Med - com AB, 556610-5507

Ombud: Advokat Sven-Inge Sandberg
 Sven-Inge Sandberg Advokatbyrå
 Österlånggatan 45
 503 37 Borås

MOTPARTER

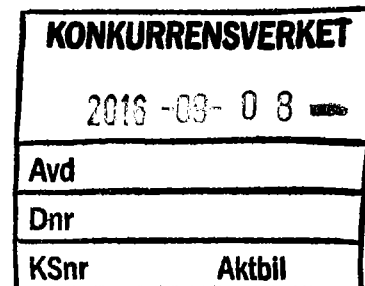
1. Landstinget Dalarna
 Box 712
 791 29 Falun

2. Fresenius Medical Care Sverige AB, 556198-0904

Ombud för nr 2: Advokaterna Morvarid Dorkhan Nilsson och
 Magnus Stålmarker
 Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
 Box 180
 101 23 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nordic Med-com AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 173212

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag-fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Landstinget Dalarna (Landstinget) upphandlar två dialysapparater CRRT till IVA-enheten på Falu Lasarett (LD16/00873) genom direktupphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 9 maj 2016 och avtal undertecknades av Landstinget och vinnande leverantör Fresenius Medical Care Sverige AB (Fresenius) den 10 respektive 13 maj 2016.

Nordic Med-com AB (Nordic Med-com) ansöker om överprövning och yrkar att avtalet mellan Landstinget och Fresenius ska förklaras ogiltigt. Nordic Med-com riskerar att lida skada av den överträdelse av LOU som föreligger.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

Fresenius bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Enligt 16 kap. 13 § första stycket LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 §.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket får direktupphandling användas bl.a. om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 samma lag, dvs. högst 534 890 kr.

Enligt 15 kap. 3a § första stycket ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.

I tredje stycket samma paragraf anges att vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Vad parterna anför

Nordic Med-com anför i huvudsak följande. Värdet av det som landstinget upphandlat överstiger direktupphandlingsgränsen enligt LOU. Vid varje dialysbehandling krävs det ett antal produkter som filtrationsvätska, slangsett, filter mm (förbrukningsprodukter). En konkurrents förbrukningsprodukter går inte att använda till en annan konkurrents dialysapparater. Förvärvaren av dialysapparater är således bunden till leverantören av dialysapparaten. Vid beräkningen av värdet av aktuellt avtal måste det tas hänsyn till de inköp av förbrukningsprodukter som krävs för behandlingar under dialysapparaternas förväntade livstid. Livslängden för dialysapparater av aktuellt slag beräknas till minst 7 år. Beräkning av att en dialysapparat används en vecka per månad under sju år ger en uppskattning av kontraktsvärdet om ca 2 miljoner kronor. Uträkningen är baserad på att behandlingsskostnad för 3 dygn är 8 469 kr = 2 823 kr per dygn och vid ett antagande om en behandlingsvecka i månaden blir kostnaden 7 år gånger 12 månader gånger 7 dagar gånger 2 823 kr lika med 1 659 924 kr. Nordic Med-coms beräkningar är mycket väl underbyggda ur ett historiskt perspektiv, eftersom Nordic Med-com har tidigare varit leverantör. Nordic Med-coms beräkningar av kostnaden för förbrukningsartiklar är för IVA vård. Den dialysapparat landstinget valt kräver unika filter, slangset och vätskor. Protokollet för att behandla patienterna bygger på att man använder just det som maskintillverkaren säljer. Sättet att dosera där man har att följa ett unikt protokoll för maskinen kräver det. Enligt förfrågningsunderlaget skulle det ekonomiskt mest fördel-

aktiga anbudet antas, det har inte Landstinget gjort. Nordic Med-com har i sin offert angivit flera alternativ till hur landstinget kunde köpa nya dialysapparater. Bolaget har erbjudit Landstinget att köpa demomaskiner eller bygga om deras befintliga maskiner, innovativa lösningar som skulle spara utgifter för Landstinget. Landstinget har endast testkört Fresenius dialysapparat och nekat till att testköra Nordic Med-coms dialysapparat. Landstinget har genom sitt agerande diskriminerat Nordic Med-com och anbudsgivarna har inte likabehandlats. Landstinget har brutit mot de grundläggande principerna när myndigheten efter anbudstidens utgång och utan att informera övriga anbudsgivare, inlett förhandlingar med Fresenius som tillåtits inkomma med ett nytt anbud. Landstinget har även slutit avtalet före det att upplysningar om tilldelningsbeslutet skickats ut och avtalet är därmed ogiltigt.

Landstinget anför i huvudsak följande. Värdet av de upphandlade dialysapparaterna var lågt och hamnade under direktupphandlingsgränsen. Upphandlingsförmålet omfattade leverans av utrustning, dokumentation och utbildning. Enligt interna riktlinjer annonserades direktupphandlingen till tre leverantörer för att tillvarata konkurrensen. I förfrågningsunderlaget fanns krav som ställdes på maskinerna och även utvärderingskriterier. Med i underlaget fanns bifogat ett upphandlingskontrakt där det tydligt framgick de kommersiella villkoren. Sakkunniga från verksamheten bedömde de tre anbuden enligt anvisningarna i förfrågningsunderlaget och kom fram till att Fresenius anbud var det mest ekonomiskt fördelaktiga. Tilldelning inklusive grunder skickades till samtliga leverantörer. Då det rör sig om en direktupphandling tillämpades inte avtalsspärr. Det förbrukningsmaterial som är maskinbundet är filter och slangar samt filtratpåse. Detta kan köpas enbart från Fresenius. Dessa tillbehör är av ringa värde och medför inte att upphandlingsformen är felaktig. Andra förbrukningsmaterial såsom citrat, dialysat och kalciumklorid kan köpas av konkurrenter. Det som inte finns på redan upphandlade avtal kommer att upphandlas separat. Landstinget har inte genom avtalet

förpliktats att i viss omfattning efterfråga förbrukningsvarorna. De dialysapparater som har upphandlats vid denna upphandling ska placeras på IVA. Deras användning skiljer sig från de apparater som Nordic Med-com refererar till i och med att de inte kommer att användas i reguljär vård, utan vid akuta behov. Det innebär att det inte alls krävs samma mängd förbrukningsmaterial som till de apparater som är placerade på vårdavdelningar. Nordic Med-com har varit landstingets leverantör i 10 år och har på så sätt haft ett försprång gentemot sina konkurrenter.

Fresenius anför i huvudsak följande. Värdet av det ingångna avtalet mellan Fresenius och Landstinget understiger med god marginal tröskelvärdet för direktupphandling enligt LOU. Nordic Med-com argumenterar felaktigt för att även kommande köp av förbrukningsartiklar ska ingå vid beräkningen av värdet av kontraktet. Köpet av dialysapparaterna och kommande köp av förbrukningsartiklar är inte att se som en sammanhållen upphandling. Värdet av kommande köp av förbrukningsartiklar ska inte heller inräknas i kontraktssumman för upphandlingen av dialysapparaterna. Fresenius anser först och främst att de aktuella förbrukningsmaterialen (filtrationsvätska [dialysat/hemofiltrationslösning och citratlösning och kalciumklorid], slang och filterset) inte är att anse som produkter av samma slag som de aktuella dialysapparaterna. Leverantörer av dialysapparaterna tillhandahåller inte typiskt sett alla de förbrukningsartiklar som kan komma att behövas vid användning av dialysapparaterna, och köpare av dialysapparater har möjlighet att vända sig till olika leverantörer, såväl svenska som utländska, för inköp av förbrukningsmaterial. Dialysat/hemofiltrationslösning och citratlösning och kalciumklorid erbjuds t.ex. av flera olika leverantörer. Vidare tillhandahåller inte ens Fresenius kalciumklorid, vilket innebär att det inte är lämpligt att anse att inköp av förbrukningsmaterial är att se som en upphandling av samma slag som upphandlingen av själva dialysapparaterna. I dagsläget är visserligen slang och filterset maskinbundet och kan endast köpas av Fresenius men det finns inget som säger att denna situation kommer att bestå över

tid. För det fall de förbrukningsartiklar som är maskinbundna (slang och filterset) och som i dagsläget endast kan köpas från Fresenius bedöms ligga till grund för kontraktets värde överstiger det totala beloppet i vilket fall inte direktupphandlingsgränsen räknat under ett räkenskapsår. Vid en hypotetisk beräkning där man antar att användningen uppgår till en vecka per månad under ett års tid, uppgår kostnaden för det leverantörsspecifika förbrukningsmaterialet till (7 dagar x 12 månader = 84 dygn/3= 28 stycken kit per år, 28 kit x 1 995 kr/kit =) 55 860 kr. Det är inte lämpligt att som Nordic Med-com låta kostnadsberäkningen utgå från kostnad för förbrukningsmaterial sett över maskinernas hela livslängd som Nordic Med-com uppskattar till sju år. Det blir mycket spekulativt då behovet av såväl olika förbrukningsartiklar som kvantiteten av dessa kan variera över tid. Dessutom står det Landstinget fritt att byta ut och ersätta dialysapparaterna långt tidigare än efter sju år. Kontraktsvärdet är en engångskostnad som avser köpet av de aktuella dialysapparaterna och som endast kommer att belasta Landstinget under nuvarande räkenskapsår. Vården och de produkter som används där präglas av hög innovations- och förändringstakt vilket innebär att de olika lösningar som erbjuds idag kan komma att förändras. Detta innebär inte minst att även prisbilden för de aktuella produkterna kan komma att förändras.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att värdet av inköpet av de två dialysapparaterna ostridigt understiger den aktuella direktupphandlingsgränsen. Frågan i målet är således huruvida förbrukningsvaror ska räknas med i kontraktsvärdet och i så fall i vilken omfattning. Förvaltningsrätten finner här att leverantörsspecifika förbrukningsvaror, det vill säga sådana förbrukningsvaror som det i dagsläget ostridigt inte går att köpa från annan leverantör än leverantören av dialysapparaten, har ett sådant samband med upphandlingsföremålet att värdet av dessa ska ingå i beräkningen av kontraktsvärdet. Det följer av bestämmelsen att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå

bestämmelserna i LOU. Värdet ska alltså inräknas, dock ska denna beräkning begränsas till värdet avseende förbrukningsvaror inköpta under ett räkenskapsår. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte värdet av förbrukningsvaror under dialysapparatens hela förväntade livslängd läggas som grund för beräkningen då apparaten mycket väl kan tänkas bli utbytt innan sju år förflutit. Av utredningen i målet framgår att Nordic Med-com och Fresenius synes eniga om att en hypotetisk uträkning av värdet på förbrukningsvarorna ska utgå från att en dialysapparat av aktuellt slag används en vecka per månad. Förvaltningsrätten lägger därmed detta till grund för uträkningen av kontraktets värde. Nordic Med-com har anfört att kostnaden för allt förbrukningsmaterial uppgår till 2 823 kr per dygn. Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att det endast är det leverantörsspecifika förbrukningsmaterialet som ska läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde. Fresenius har anfört att värdet av det leverantörsspecifika förbrukningsmaterialet uppgår till 1 995 kr per kit vilket ger en kostnad per dygn om 665 kr. Några invändningar mot Fresenius uppgivna kostnad för leverantörsspecifika förbrukningsmaterial per kit har inte anförts och förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta uppgiften. Således uppgår kostnaden för det leverantörsspecifika förbrukningsmaterialet under ett räkenskapsår till 7 dagar x 12 månader x 665 kr, dvs. 55 860 kr. Kostnaden för inköpet av dialysapparat tillsammans med leverantörsspecifika förbrukningsvaror under ett räkenskapsår uppgår därmed till $(149\,000 \times 2) + 55\,860$ kr, dvs. 353 860 kr. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att kontraktets värde understiger direktupphandlingsgränsen och att förutsättningar föreligger som medger direktupphandling. Skäl för ingripande enligt LOU finns således inte på den grunden.

Inte heller vad Nordic Med-com anfört i övrigt angående antagande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, testkörning av dialysapparat, förhandling med Fresenius efter anbudsinlämnande och meddelande om till-

delning visar att skäl föreligger för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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

Hanna Berglund
assessor



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 nås 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller 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.

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.