



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2015-09-16
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3080-15 E

KONKURRENSVERKET	
2015-09-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Nordic Med-com AB, 556610-5507

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

MOTPART

Landstinget i Uppsala län
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut den 15 juni 2015 upphör att gälla.

Dok.Id 159520

Postadress Box 1853 751 48 Uppsala	Besöksadress Kungsgatan 49	Telefon 018-431 63 00 E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se	Telefax 018-431 63 43	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	--------------------------------------	--	---------------------------------	---

BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län (landstinget) genomför en upphandling benämnd "Funktionsupphandling Dialys", dnr UPPH2015-0085. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande.

Förvaltningsrätten beslutade den 15 juni 2015, efter yrkande av Nordic Med-com AB (bolaget), att avtal inte får ingås innan rätten har beslutat något annat.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska avbrytas och efter rättelse göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Upphandlingen står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och medför en konkurrensbegränsning. Bolaget riskerar att lida skada till följd av den överträdelse av LOU som föreligger.

Bolaget är återförsäljare i Norden av en särskilt framtagen hemHD-dialysmaskin som tillverkas av NxStage Medical Inc. USA (NxStage). NxStage dialysmaskin är en unik produkt utvecklad för hemHD-dialys och någon motsvarighet finns inte på världsmarknaden. Den är mycket enkel att använda för patienten, medför inga risker vad gäller tillförandet av dialysvätska och desinficering, väger endast 30 kg, är flyttbar och kräver inte någon anpassning av bostaden. Det finns väl grundade skäl till att NxStage dialysmaskin är både CE-godkänd för Europa och FDA-godkänd för bruk i hemmet i USA.

Den aktuella upphandlingen är en så kallad funktionsupphandling av dialysmaskiner gemensam för både sjukhusvård och hemHD-dialys. Detta

innebär en konkurrensbegränsning för bolaget som kan erbjuda en dialysmaskin för hemHD-behandling, men inte för sjukhusbruk, och därmed uteslås från anbudsförfarandet.

Det är omöjligt för bolaget att delta i upphandlingen då upphandlingen förutsätter en enda leverantör. Landstinget har inte brytt sig om att sätta sig in i vilken ny och modern teknik som finns att tillgå och hur denna fungerar. Utformningen av upphandlingsunderlaget syftar till att upphandla sjukhusmaskiner att användas vid hemHD, vilket dessa inte är konstruerade för. Vid utformandet av kravspecifikationen för aktuell upphandling har landstinget bortsett från den nya teknik som NxStage som enda företag utvecklat särskilt för hemHD-dialys och utformat kraven utifrån dialysmaskiner avsedda för sjukhusbruk. Den gemensamma upphandlingen medför att den nya teknik som NxStage utvecklat uteslås och är därför direkt konkurrensbegränsande. Genom den utformning som förfrågningsunderlaget har kan endast två företag avge offert varav ett av företagen sedan tidigare är upphandlat av landstinget.

För det fall upphandlingen görs om och delas upp i två separata upphandlingar bestående av en upphandling omfattande dialysmaskiner för dialys och afaresmottagningen och en upphandling omfattande dialysmaskin för hemHD-behandling möjliggörs för bolaget att delta i upphandlingen för hemHD-behandlingen.

Åtskilliga av de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget är utformade på sådant vis att dessa är diskriminerande, oproportionerliga och konkurrensbegränsande och strider mot likabehandlingsprincipen. Förfrågningsunderlaget är inte tydligt då det inte går att utläsa vilka krav som avser sjukhusbehandling eller hemHD-behandling. Bolaget har ställt ett antal frågor till den upphandlande myndigheten men antingen inte fått svar eller

inte fått gehör för sina synpunkter. Avtalstiden, som angetts till fem år med option på två års förlängning, strider mot LOU och är konkurrensskadlig.

Landstinget bestrider bolagets yrkande och anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Landstinget har inte brutit LOU eller dess grundläggande principer. Förfrågningsunderlaget strider inte mot LOU och potentiella anbudsgivare har behandlats lika. Förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt och därmed uppfyllt kraven på öppenhet. Uppställda krav har varit proportionerliga. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida skada till följd av den påstådda bristen om att upphandlingen rätteligen borde delats upp i flera kontrakt.

Det finns ingen reglerad skyldighet för upphandlande myndigheter att dela upp kontrakt i delar eller att ens överväga detta. I den nu liggande lagrådsremissen (angående genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling m.m.) föreslås förvisso en skyldighet för upphandlande myndigheter att överväga uppdelning av vissa kontrakt, men ingen skyldighet att faktiskt dela upp kontrakt. Landstinget ifrågasätter även mot bakgrund av EU-rätten om en rättslig kontroll i praktiken kan leda till annat konstaterande än att myndigheten har hållit sig inom det handlingsutrymme som upphandlande myndighet har vid utformningen av förfrågningsunderlag.

Såvitt landstinget förstår uppfyller inte bolagets produkt de i upphandlingen ställda kraven och kan därmed inte riskera att lida skada till följd av att upphandlingen inte delats upp i kontrakt på det sätt som bolaget önskar och inte heller till följd av avtalstiden.

DOMSKÄL

Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget anför.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, överpröva en upphandling. I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Grundläggande är att alla leverantörer behandlas likvärdigt och ickediskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

I förarbeten till LOU anges att en upphandling ska ske på marknadens villkor och att det är marknaden som kan ge de bästa och billigaste villkoren. Det får inte uppkomma en snedvriden konkurrens, vilket framgår av kravet på att upphandlingen ska genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt (prop.1992/93:88 s. 59 f.)

Bolaget anför att förfrågningsunderlagets utformning innebär att det endast ska vara en leverantör för hela upphandlingen och att endast två företag har möjlighet att avge offert, varav ett av dessa företag sedan tidigare är upp

handlat av landstinget. Bolaget anför även att detta är konkurrensbegränsande då det motverkar att ny teknik avseende hemHD-behandling vinner tillträde till marknaden och att bolaget utestängs ifrån anbudsförfarandet då man endast har en dialysmaskin för hemHD-behandling.

Ett krav på att ett samlat anbud ska avges för ett omfattande områden kan i vissa fall bedömas vara oproportionerligt (jfr. RÅ 1999 not. 1 och Kamrättens i Göteborg dom den 24 januari 2011 i mål nr 3952-10). I RÅ 1999 not. 1 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att i realiteten kunde endast en leverantör ha möjlighet att inkomma med anbud enligt förfrågan. Den upphandlande myndigheten ansågs då ha brutit mot bestämmelserna i LOU om att upphandlingen ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och genomföras affärsmässigt.

Förvaltningsrätten finner dock inte att bolaget på ett övertygande sätt redogjort för på vilket sätt som den i målet aktuella upphandlingen verkar konkurrensbegränsande eller varför endast två leverantörer har möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Det framgår inte heller att upphandlingen är av sådan omfattning som den som var aktuell i RÅ 1999 not.1. Det förhållande att landstinget valt att inte dela upp upphandlingen i flera mindre upphandlingar utgör därmed inte skäl för ingripande i upphandlingen.

Landstinget har anfört att bolagets produkt inte uppfyller de i upphandlingen ställda kraven och att bolaget därmed inte kan anses lida skada till följd av att upphandlingen inte delats upp. Påståendet har inte motsagts av bolaget. Bolaget uppger att det skulle ha möjlighet att delta i upphandlingen om den delades upp. Förvaltningsrätten drar därmed slutsatsen att bolaget inte kan delta i upphandlingen i dess nuvarande utformning. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada i den mening som avses i LOU. Därmed saknas skäl att ta ställning till de övriga grunder för ingripande i upphandling

en som bolaget anför. Ansökan ska därmed avslås. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 juni 2015 upphör därmed att gälla.

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

Elisabet Andersson
rådman

Målet har handlagts av Kerstin Thor.



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 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.