



KONKURRENSVERKET	
2017-06-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Gambro Lundia AB, 556057-7594

Ombud: Advokaterna Per-Owe Arfwedson och Lina Håkansson Kjellén
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Värmland
Upphandling och avtal
651 82 Karlstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 4 april 2017 i mål nr 5008-16

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),

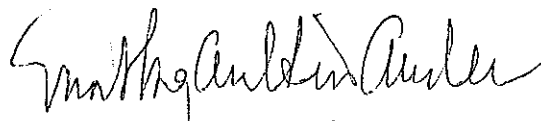
[Signature]
Dok.Id 390341

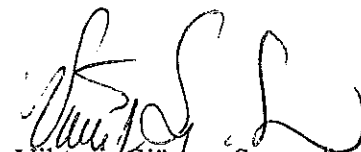
- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 9).


Ewa Hagard Linander


Viktoria Sjögren Samuelsson
referent


/Markus Zander



SÖKANDE

Gambro Lundia AB, 556057-7594
Box 10101
220 10 Lund

Ombud:

Advokat Per-Owe Arfwedson
Advokat Lina Håkansson Telander
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Värmland
Upphandling och avtal
651 82 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Gambro Lundia AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Landstinget i Värmland har genomfört en upphandling av dialysutrustning hemodialys (dnr. UE 150109). Anbud ingavs av Gambro Lundia AB (Gambro) och Fresenius Medical Care Sverige AB (Fresenius). Landstinget beslutade att anta anbudet från Fresenius.

PARTERNAS TALAN

Gambro ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar rättelse på så sätt att utvärderingen görs om utan beaktande av anbudet från Fresenius.

Gambro anför följande.

Fresenius anbud uppfyller inte de obligatoriska kraven i upphandlingen och borde rätteligen ha diskvalificerats. Ett av de obligatoriska kraven i upphandlingen var att "Utrustningen ska vara avsedd för dialys på vuxna och barn från 30 kg". I Fresenius handhavandemanual som bifogats till anbudet anges dock följande: "Utrustningen har specificerats av tillverkaren för följande ändamål: Behandling av patienter med en kroppsvikt på 40 kg eller mer. Skyddssystemen och säkerhetsanordningarna för möjliga felsituationer och defekter är utformade för detta ändamål. För patienter med lägre kroppsvikt finns alternativet HD-PAED (se kapitel 14.7 på sida 14-59)". I nämnda kapitel anges att "HD-PAED möjliggör behandling av patienter med en kroppsvikt på mellan 10 och 40 kg. När man genomför en pediatrik behandling rekommenderas användning av speciella blodslangar och en speciell dialysator (se kapitel 8 på sida 8-1)". Av detta följer att den utrustning som Fresenius offererat inte uppfyller kravet på att vara avsedd för barn från 30 kg utan för sådan dialys behövs särskild tillkommande utrustning som inte ingått i anbudet. Landstinget har gett Fresenius möjlighet att förtydliga sitt anbud och landstinget anser däreför att anbudet uppfyller det obligatoriska kravet. Gambro betvivlar att Fresenius förtydligande är förenligt med transparens- och likabehandlingsprincipen och 9 kap. 8 § LOU. Det slangset Fresenius har offererat och angett i utvärderingsmodellen är inte avsett för dialys på barn från 30 kg. I förtydligandet anges att det är möjligt att använda det slangset som offererats i anbudet även vid dialys för barn från 30 kg. Enligt Fresenius är det varje ordinerande läkare som ska avgöra vilket slangset som bör användas. Denna information, dvs. att det i utvärderingsmodellen angivna slangsetet kan användas vid dialys för barn från 30 kg är ny information som inte framgått av Fresenius anbud.

Frågan om möjligheten att begära förtydliganden eller kompletteringar har varit föremål för prövning i ett flertal rättsfall, både vid EU-domstolen och i svenska domstolar. Av EU-domstolens dom i mål C-599/10, Slovesko, framgår att uppgifter i anbud undantagsvis kan rättas eller kompletteras på en specifik punkt om uppgifterna uppenbarligen kräver en enkel förklaring eller för att undanröja uppenbara sakfel, förutsatt att ändringen inte kan anses leda till ett erbjudande om ett nytt anbud. I svensk rättspraxis har nya sakuppgifter bedömts strängt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3378-08 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2467-09). Även om informationen i förtydligandet skulle kunna beaktas är det Gambros uppfattning att Fresenius anbud inte uppfyller kravet. Kravet är formulerat på så sätt att utrustningen "ska vara avsedd" för dialys på barn från 30 kg. Att andra slangset är "möjliga" att använda i dessa situationer är inte detsamma som att dessa andra slangset är avsedda för behandling av barn från 30 kg. I sammanhanget bör särskilt beaktas att det rör sig om utrustning för behandling av allvarligt sjuka patienter varför det rimligtvis inte är tillräckligt att uppfylla kravet med utrustning som är möjlig att använda om inte sådan användning också är lämplig och rekommenderad av tillverkaren. Slutligen ska även framhållas att av Fresenius förtydligande framgår att det är läkarens ordination som avgör vilket slangset som ska användas. Detta kan rimligtvis inte förstås på annat sätt än att i vissa fall kommer det vara nödvändigt att använda sig av det särskilt anpassade slangsetet för dialys på barn från 30 kg i de fall läkaren ordinerar detta. Det särskilda slangsetet är alltså en nödvändig förutsättning för att utrustningen fullt ut ska kunna användas på avsett sätt och för att kravet i 2.1.3 ska uppfyllas.

Landstinget har i kravspecifikationen uppställt ett flertal krav på hur den upphandlade utrustningen ska kunna användas. Ett av dessa krav är att dialysutrustningen ska kunna mäta patientens blodvolymsförändring (BVM) under behandlingen. För att dialysutrustningen ska klara av detta krävs ett specifikt slangset. Kravet gäller utan undantag och möjligheten till mätning av BVM ska alltså kunna användas på alla typer av dialysbehandling. Kravet innebär alltså att BVM ska kunna mätas både vid två nålsdialys, vilket är standard, och vid en nålsdialys. Eftersom mätning av BVM förutsätter specifikt slangset har Fresenius olika slangset beroende på om dialysen ska ske med mätning av blodvolymsförändring eller inte. De slangset som ger möjlighet till sådan mätning innehåller BVM i produktnamnet. På samma sätt krävs det olika slangset beroende på om dialysen sker med en nål eller med två nålar. Slangset utformade för en nålsdialys innehåller SN ("single needle") i produktnamnet medan övriga slangar benämns AV, vilket står för artär/ven. Enligt kravspecifikationens punkt 8.4.1 ska samtliga slangset som behövs för användning tillsammans med dialysutrustningen redovisas och prissättas i anbudet. För att uppfylla kravet i 8.1.4 mot bakgrund av kraven i 2.1.9 och 2.1.13 förutsätts alltså att anbudsgivaren i sitt anbud anger och prissätter slangset

dels för tvånålsdialys med möjlighet till BVM, dels för ennålsdialys med möjlighet till BVM. Fresenius hänvisar i sitt anbud till anbudets bilaga 26 som bevis på att kravet i 8.1.4 uppfylls. I bilagan redovisas och prissätts fyra olika slangset. Det är endast ett av dessa slangset som är avsett för ennålsdialys, SN Set ON LINEplus 5008-R. Som framgår innehåller produktnamnet inte tillägget BVM och kan följaktligen inte användas för att mäta blodvolymförändring. Till förtydligande kan nämnas att Fresenius har ett slangset avsett för ennålsdialys med möjlighet för BVM. Detta slangset har produktnamnet SN-set ONLINEplus BVM 5008-R, dvs. ett annat produktnamn än vad som angetts i anbudet. Artikelnumret för slangsetet med BVM skiljer sig också från artikelnumret på det ennåls-slangset som angetts i anbudet.

Utöver den komplettering som omnämns ovan har Fresenius getts möjlighet att vid ett flertal tillfällen inkomma med kompletteringar och förtydliganden, varav ett flertal har varit otillättna. Landstinget har i kravspecifikationens punkt 7.2.1.1 uppställt ett krav avseende de servicehjälpmedel som ingår i anbudet. Kravet har följande lydelse: "Servicehjälpmedel som behövs för förebyggande och avhjälpande underhåll, programmering, konfigurering och driftsuppföljning, justering och kontroll såsom mätinstrument, specialverktyg, specialkablar, särskild mjukvara, osv. ska specificeras oavsett vad som finns på Medicinsk teknik idag. En (1) uppsättning per sjukhus. För servicehjälpmedel som inte ingår kostnadsfritt anges pris. Redovisning kan göras i bilaga. Servicehjälpmedel som inte är specificerade anses ingå i leveransen utan extra kostnad. Pris ska även redovisas per uppsättning i fliken "Utvärderingskalkyl". Av kravet följer att servicehjälpmedel som inte ingår kostnadsfritt ska specificeras och redovisas med pris per uppsättning i utvärderingskalkylen. I utvärderingskalkylen finns en särskild rad för detta där det anges "Kostnad för en (1) uppsättning servicehjälpmedel enligt Kravspecifikation position 7.2.1.1". Fresenius har i sitt anbud angett 39 800 kr på denna rad. Anbudet innehåller dock ingen specifikation av vilket servicehjälpmedel denna kostnad avser. Landstinget har uppmärksammat detta och därför begärt en komplettering enligt följande: "7.2.1.1 - komplettering önskas. Ni svarar 'ja' och har angett pris i utvärderingskalkylen men vi saknar en specifikation för vilket/vilka servicehjälpmedel som kostar 39 .800 kr. Vänligen komplettera." Fresenius svarade att "Servishjälpmedel är UMED (Universal Measuring Device for Dialysis Technology)".

I kravspecifikationens punkt 7.5.1.3 har landstinget uppställt krav på att anbudsgivarna ska specificera och prissätta de utbytesdetaljer på den offererade utrustningen vilka rekommenderas att bytas ut vid förebyggande underhåll. Denna information ska anges i en specifik flik i kravspecifikationen. Av Fresenius anbud framgår att de enda utbytesdetaljer som Fresenius angett är ett "Maintenance kit" som ska bytas ut vartannat år. Detta begränsade antal utbytesdetaljer har ifrågasatts av landstinget som ställde

följande fråga. "I kravspecifikationen, fliken "Utbytesdetaljer FU" har ni inte angett några batterier. Inget byte på 7 år?" Fresenius svar på landstingets fråga var att "Batterierna behöver bytas var fjärde år (i samband med FU service)". Som ett resultat av Fresenius svar lades också tre batterier till i fliken Utbytesdetaljer FU.

Kravet i kravspecifikationens punkt 7.7.1.2 har följande lydelse: "Prislista på reservdelar ska bifogas anbudet". Av kravet framgår att det varit obligatoriskt för anbudsgivarna att till anbudet bifoga en prislista med de reservdelar som kan komma att behövas för bruk tillsammans med den offererade utrustningen. Fresenius har i sitt anbud hänvisat till anbudets bilaga 25 till uppfyllande av detta krav. Denna bilaga innehåller visserligen ett flertal olika reservdelar, men det är endast ett fåtal av dessa som är prissatta. Avsaknaden av priser på alla reservdelar i bilagan fick landstinget att begära en komplettering där det angavs att man "önskar en mer komplett reservdelslista än den som är bifogad (bilaga 25)". Som svar på detta inkom Fresenius med en uppdaterad bilaga där alla positioner prissatts. Samtliga kompletteringar har skett i förhållande till obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Kompletteringarna har också det gemensamt att de tillför anbudet ny information, information som enligt kravspecifikationen skulle ha funnits i anbudet vid dess inlämnande.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan och anför följande.

Den offererade utrustningen är avsedd för dialys på vuxna och barn från 30 kg. Fresenius har i sitt anbud bekräftat att kravet är uppfyllt. Fresenius har svarat "ja" i aktuell ruta i kravspecifikationen tillika svarsblankett. Det finns i förfrågningsunderlaget inte några krav på att ge in några dokument eller att tillhandahålla någon förklaring för att visa att kravet är uppfyllt. Det är tillräckligt att svara "ja" på sätt som Fresenius har gjort. Redan härigenom saknas grund för att förkasta anbudet. Detta framgår även av praxis, se exempelvis Kammarrätten i Jönköping, dom den 21 december 2015 i mål nr 2106-15, och även Kammarrättens i Sundsvall, dom den 18 februari 2016 i mål nr 2493-15.

Samtliga av Fresenius offererade maskiner är utrustade med s.k. PAED-option som innebär möjlighet att dialysera barn från 10 kg och uppåt. Detta är alltså inte någon särskilt tillkommande utrustning. För barn från 30 kg och uppåt är det möjligt att använda det offererade och utvärderade slangsetet. Det krävs inte, som Gambro felaktigt påstår, ett annat slangset än det som Fresenius offererat för att krav 2.1.3 ska anses vara uppfyllt. Att slangset F00000385 kan användas tillsammans med PAED-programmet framgår tydligt av anbudet eftersom Fresenius har offererat på detta sätt. Gambro har uppenbarligen missuppfattat Fresenius anbud. Fresenius har uttryckligen angett att kravet är uppfyllt. Gambro har inte

beaktat detta. Istället ger sig Gambro in på spekulationer utifrån uppgifter i ett allmänt hållet dokument som avser dialys av barn med en kroppsvikt redan från 10 kg.

Visserligen finns det i nyss nämnda dokument en rekommendation gällande barn med en kroppsvikt från 10 kg att då använda speciella blodslangar och en speciell dialysator, men detta avser barn redan från 10 kg, vilket är en betydligt lägre vikt än vad som avses i krav 2.1.3 i kravspecifikationen där det är fråga om barn från 30 kg. PAED omfattar ett i sammanhanget så vidsträckt indikationsområde från 10 kg upp till 40 kg att det även finns möjlighet att använda ett pediatriiskt slangset med 28 ml lägre fyllnadsvolym om läkarordination så kräver. För att täcka upp fallet 30 kg så ligger det så pass högt upp i detta intervall att det utvärderade slangsetet räcker, återigen slutgiltigt beroende på läkarordination i det enskilda fallet såsom alltid sker när det gäller all medicinteknisk utrustning. Dessutom definieras slangsetets användningsområde inte av patientens kroppsvikt, vilket Gambro felaktigt påstår, utan det definieras istället av den blodvolym som det pediatriiska slangsetet rymmer (i detta fall 108 ml att jämföra med 136 ml). På sidorna 41 - 60 i Fresenius guide med allmänna rekommendationer för hemodialys för barn finns en rekommendation att barns extrakorporeala volym ska vara mindre än 10 ml/kg kroppsvikt. Detta innebär att den i förfrågningsunderlaget efterfrågade patienten med en kroppsvikt om 30 kg bör behandlas med en volym om mindre än 300 ml. Slangen F00000385 hamnar i detta fall på 138 (+32 - 74 ml filtret som inte är med) vilket innebär att kombinationen 170 -212 ml vida understiger de cirka 300 ml som bör uppfyllas enligt publicerad vetenskaplig dokumentation i ovan nämnda bifogade publikation. Därtill kommer att det i Fresenius handhavandeguide endast anges vad som rekommenderas och då särskilt vad gäller barn i det lägre viktspannet i det vidsträckta indikationsområdet. Detta dokument kan således inte i sig visa att kravet för barn 30 kg och uppåt inte är uppfyllt, särskilt inte mot bakgrund av att Fresenius uttryckligen har angett att kravet är uppfyllt.

Det är mot bakgrund av att Gambro påstått att Fresenius inte uppfyller ett obligatoriskt krav som landstinget gett Fresenius möjlighet att kommentera Gambros påstående. Landstinget har således inte begärt förtydligande eller komplettering av Fresenius anbud. Ett förtydligande har inte heller varit nödvändigt förrän Gambro framfört felaktiga och vilseledande påståenden om Fresenius slangset till landstinget (se skrivelse från Fresenius där Fresenius bemöter Gambros påstående om att det behövs ett icke offererat slangset för att uppfylla kravet). Skrivelsen anger att kravet är uppfyllt i enlighet med vad som tidigare angetts i anbudet och att det särskilda slangsetet framförallt är avsett för barn med lägre vikt än 30 kg och att för barn över 30 kg kan det ordinarie slangsetet användas. Landstinget hade redan vid utvärderingen funnit att anbudet uppfyllde alla obligatoriska krav. Fresenius skrivelse är därför inte att betrakta som svar på en begäran om förtydligande eller en komplettering av det redan

ingivna anbudet. Landstinget hade redan gjort bedömningen att alla obligatoriska krav var uppfyllda och tilldelningsbeslutet var redan taget vid denna tidpunkt.

De av Gambro åberopade rättsfallen ger inte heller stöd åt Gambros argumentation Att det offererade slangsetet kan användas för patienter som väger 30 kg och uppåt framgår även av att det är det slangset som är utvärderat, ånyo efter läkarordination, och detta är inte ny information. Det måste framhållas att eftersom det rör sig om dialys av svårt sjuka patienter och i detta fall små sjuka barn ska samtliga åtgärder användas efter läkarordination. Det är alltså den behandlande läkaren som gör en bedömning i det enskilda fallet av vilken slags behandling som ska utföras och vilken utrustning som då ska användas. Detta gäller även för utrustning från Gambro.

Fresenius anbud uppfyller vidare kravet i punkten 2.1.9 "Utrustningen ska kunna utföra ennålsdialys". Fresenius har svarat "ja" i aktuell ruta. Detta är tillräckligt för att uppfylla kravet. Uppgiften att det finns slangset för att köra HDF ennålsdialys med BVM finns för övrigt med i Fresenius bruksanvisning och har därför funnits med i anbudet från början och är således ingen ny information. Fresenius anbud uppfyller kravet i punkten 2.1.13 "Utrustningen ska kunna mäta patientens blodvolymförändring under behandlingen". Fresenius har svarat "ja" i aktuell ruta i kravspecifikationen och beskrivit funktionen i enlighet med vad som efterfrågas. Detta är tillräckligt för att uppfylla kravet. Fresenius anbud uppfyller kravet i punkten 8.1.4 "Priser på slangset och eventuella tillhörande delar för bruk tillsammans med offererad utrustning ska anges". Fresenius har bifogat prislista till anbudet. Detta är tillräckligt för att uppfylla kravet.

Gambro försöker felaktigt att blanda ihop nyss nämnda olika obligatoriska krav och påstå att Fresenius inte uppfyller desamma. Varje krav måste prövas var för sig utan kopplingar till andra krav på sätt som inte är föreskrivet i förfrågningsunderlaget. De obligatoriska kraven i punkterna 2.1.9 och 2.1.13 i kravspecifikationen är således inte styrande för prövningen av kravet i punkt 8.1.4. Några formuleringar som antyder att så ändå skulle vara fallet finns inte i förfrågningsunderlaget. Det har inte funnits något krav i upphandlingen att samtliga tillbehör till maskinen ska anges i prislistan. Punkten 8.1.4 stipulerar endast att "Priser på slangset och eventuella tillhörande delar för bruk tillsammans med offererad utrustning ska anges". Den av Fresenius bifogade prislistan innehåller därför de vanligaste delarna ur sortimentet för den aktuella utrustningen. Ennålsdialys med BVM tillhör däremot en mer sällsynt förekommande form av behandling. BVM kan användas vid samtliga behandlingssätt inklusive vid ennålsdialys (dubbelpump) med Fresenius utrustning.

Landstinget vill även påpeka att den av Gambro offererade utrustningen överhuvudtaget inte kan genomföra en behandling med HDF och ennål

då detta system saknar en fysisk pump för detta ändamål. Det är således Gambro som, enligt egen argumentation, i så fall ska uteslutas för icke uppfyllande av kombinerat ställda obligatoriska krav. I sammanhanget måste även framhållas att landstinget endast har utvärderat de båda anbuden utifrån de priser som respektive anbudsgivare har angett för HDF två nålsdialys med BVM (som är den vanligaste ordinationen), varför prisuppgifter för HDF en nålsdialys med BVM inte har haft någon betydelse överhuvudtaget och inte heller framstått som relevant att ange i prislistan som på inget sätt enligt förfrågningsunderlaget skulle omfatta samtliga tillbehör till maskinen.

I landstingets utvärderingskalkyl finns en rad där leverantör ska ange kostnad för en uppsättning servicehjälpmedel. Fresenius har på denna rad angett 39 800 kr. Landstinget har därefter begärt och från Fresenius fått förtydligat att priset avser UMED (Universal Measuring Device for Dialysis Technology). Det framgår därutöver av Fresenius ifyllda kravspecifikation vid punkt 7.2.1.2 på landstingets fråga "kostnad för kalibrering av servicehjälpmedlet ska anges" att Fresenius svarar att kalibreringsverktyget UMED ska kalibreras en gång per år. Kostnad 5 800 kr per kalibrering. Det framgår således redan av Fresenius anbud att servicehjälpmedlet heter UMED, att detta servicehjälpmedel kostar 39 800 kr samt att kalibrering av detta servicehjälpmedel kostar 5 800 kr per kalibrering. Landstinget anser inte att frågan till Fresenius om vad som avses med kostnaden för servicehjälpmedel om 39 800 kr innebär en otillåten komplettering av anbudet utan snarare ett tillåtet förtydligande av en uppgiven prisuppgift. Vad gäller prissättning av utbytesdetaljer (batterier) har Fresenius på landstingets begäran om förtydligande kompletterat sitt anbud med 3 batterier å 1 240 kr respektive 32 kr och 43 kr. Landstinget anser inte att denna komplettering är att anse som en otillåten komplettering av anbudet då värdet av det som kompletterats är obetydligt och inte i något avseende påverkat resultatet av det jämförpris som legat till grund för val av leverantör. Ett beaktande av kompletteringen har vid utvärderingen inte inneburit någon förändring i valet av leverantör. Fresenius tilläts av landstinget att komplettera sin reservdelsprislista med priser på de i prislistan namngivna men ej prissatta reservdelarna. På samma sätt som Fresenius har även Gambro tillåtits att komplettera sin ursprungliga ingivna reservdelsprislista. Båda leverantörerna har därvidlag behandlats lika.

Landstinget har behandlat båda leverantörerna lika i frågan om begäran om förtydliganden eller kompletteringar av ingivna anbud (se landstingets begäran om kompletteringar och förtydliganden av Gambros anbud). Landstinget har ifrågasatt ett pris för servicehjälpmedel som angetts i Gambros anbud. Gambro har svarat och medger att det avlämnade anbudspriset var felaktigt. Gambro har tillåtits att korrigera sitt pris och därmed tillåtits att korrigera sitt anbud. Därutöver har landstinget begärt ytterligare förtydliganden och kompletteringar på tre frågor. Gambro har

svarat. Det räcker inte med att påstå eller ens konstatera att en upphandlande myndighet på ett otillåtet sätt förtydligat eller kompletterat ett anbud. Det krävs därutöver att den upphandlande myndigheten handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Både anbuderna från Fresenius och Gambro har varit föremål för landstingets begäran om kompletteringar och förtydliganden. Båda leverantörerna har hörsammat landstingets begäran och kommit in med de efterfrågade uppgifterna. Likabehandlingsprincipen har iakttagits. Efter att båda anbuderna ansetts förtydligade och kompletta har utvärdering av anbuderna skett och därefter har tilldelningsbeslut fattats. Landstinget har därvidlag funnit att anbud från Fresenius varit det mest ekonomiskt fördelaktiga mot bakgrund av de utvärderingskriterier som angetts.

Parterna har i ytterligare skrivelser utvecklat sin respektive talan.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen ska emellertid den upphävda lagen fortfarande gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterrar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.


Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen gäller dialysutrustning. Gambro gör gällande att vinnande anbudsgivare, Fresenius, inte uppfyller ställda skall-krav och att Fresenius givits möjlighet till en s.k. otillåten komplettering. Kompletteringen från Fresenius har enligt vad som framgår av handlingarna tillkommit efter att Gambro till landstinget framfört invändningar mot Fresenius anbud i aktuellt avseende och således inte på landstingets eget initiativ. Oavsett detta kan de uppgifter Fresenius därvid lämnat inte anses utgöra en otillbörlig komplettering enligt ovan angivna bestämmelse. Landstinget har i övrigt bedömt att Fresenius uppfyllt de krav som i förfrågningsunderlaget ställts på offererade produkter. Fresenius har i anbudet bekräftat att kravet på att offererad utrustning avses för vuxna och barn från 30 kg. Att det är "möjligt" att använda offererat slangset för patienter med vikter från 30 kg och uppåt är enligt förvaltningsrätten fullt tillräckligt för att utrustningen ska anses uppfylla det krav som ställts. Såväl Gambro som Fresenius har i övrigt tillåtit att göra vissa förtydliganden och kompletteringar av respektive anbud och förvaltningsrätten kan inte se att det förekommit någon särbehandling i detta avseende. Att utrustningen kan utföra ennålsdialys har bekräftats av Fresenius i anbudet och såvitt framgår finns denna uppgift med i bolagets bruksanvisning. Angående utrustningens förmåga att mäta blodvolymsförändringar har Fresenius även här bekräftat kravet och vidare i anbudet beskrivit funktionen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten med hänvisning till det anförda och vad som i övrigt framkommit att Gambro inte har visat att landstinget vid antagandet av Fresenius anbud har brutit mot LOU. Gambro har således inte visat att det lidit eller riskerat att lida skada varför ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga till denna dom (DV 3109/1B, LOU).



Hans-Erik Jonasson
f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

