



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-06-11
Meddelad i Växjö

Mål nr
4460-17

SÖKANDE

Nordic IVF Center Malmö AB, 556925-5267
Geijersgatan 2 B
216 18 Limhamn

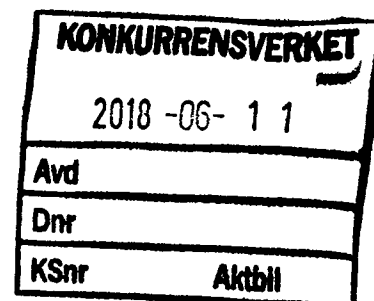
Ombud: Martin Vildhede och My Becher
Seterwalls Advokatbyrå
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPART

Region Kronoberg, 232100-0065
351 85 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nordic IVF Center Malmö AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 178717

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg (Regionen) har genom förenklat förfarande enligt LOU genomfört en upphandling avseende IVF-behandlingar (ref.nr 17RK1718). Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bedömt utifrån bästa förhållande mellan pris och kvalitet avsågs att antas. Tre anbud inkom som alla kvalificerades till anbudsutvärdering. Fertility Center Scandinavia AB (Fertility Center) tilldelades kontraktet.

Nordic IVF Center Malmö AB (Nordic IVF) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelse ska ske på så sätt att ny anbudsprövning ska genomföras, varvid Fertility Centers anbud förkastas.

Regionen bestrider yrkandet att upphandlingen ska avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vad parterna anför

Nordic IVF anför i huvudsak följande. Upphandlingen har skett i strid med likabehandlingsprincipen genom att Regionen har godtagit Fertility Centers anbud, trots att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Därtill har Fertility Center gjort en otillåten reservation avseende uppfyllandet av ett obligatoriskt krav. Nordic IVF:s anbud rangordnades som näst bäst i upphandlingen och borde ha antagits. Felet har medfört att Nordic IVF har lidit eller kan komma att lida skada och därför ska upphandlingen rättas.

Punkt 3.5.2 i upphandlingsdokumentet - Specifika kvalitetskrav - lyder enligt följande.

”Återinföranden som resulterar i graviditet skall vara minst 35 %.

Take home baby rate skall vara minst 25 % räknat i antal förlossningar per aspiration.

Tvillingsekvens skall vara max 7 %.

Statistiken ska baseras på 2014, 2015, 2016 för kvinnor under 40 år och redovisas för den IVF-klinik där leverantören avser att förlägga behandlingarna.

Redovisning av behandlingsresultat skall lämnas i bilaga.”

Det framgår att så kallad ”take home baby rate” ska vara minst 25 % räknat i antal förlossningar *per aspiration*. Det framgår även att det rör sig om ett obligatoriskt krav. Med aspiration avses ägguttag från en kvinna. Kravet innebär således att av alla aspirationer (ägguttag) som görs måste minst 25 % resultera i att ett barn föds.

Nordic IVF:s ”take home baby rate” är 26,9 %. Siffran är, i enlighet med kravets ordalydelse, baserat på samtliga ägguttag som Nordic IVF gjort. Fertility Center uppfyller emellertid inte kravet. I Fertility Centers redovisning av resultat anges att förlossningsfrekvensen är 27 % per OPU (ovum pick up) dvs. per ägguttag. Längre ner i samma dokument anges dock även bl.a. följande. ”Rapporterad förlossningsfrekvens per OPU (27 %) är när alla totalfrysbehandlingar är borttagna”. Vad som framhålls av Fertility Center är helt enkelt att den frekvens om 27 % som angetts endast är en korrekt uppgift när *alla totalfrysbehandlingar är borttagna* från statistiken. Ingenting i aktuellt krav ger stöd för att en anbudsgivare skulle ha rätt att välja bort vissa ägguttag (aspirationer). Ett borttagande av totalfrysbehandlingar leder till grovt missvisande statistik och står i direkt strid med det som efterfrågas i aktuellt obligatoriskt krav.

Genom att räkna på förlossningsfrekvensen på det sätt som gjorts har Fertility Center inte visat att det obligatoriska kravet på "take home baby rate" är uppfyllt. Oavsett om kravet är uppfyllt eller inte har det inte lämnats några uppgifter som *visar* att kravet är uppfyllt, vilket är en förutsättning för att överhuvudtaget anta ett anbud. Att inte förkasta anbudet redan på de uppgifter som lämnats står i direkt strid med likabehandlingsprincipen. Det är uppenbart att Regionen inte efterfrågar "take home baby rate" per aspiration *med undantag för aspiration som lett till totalfrysbehandlingar*. Något utrymme för den tolkning Fertility Center gjort finns inte. Därtill är det sedvana inom branschen att i statistiska sammanhang räkna med totalfrysbehandlingar vid uträkningen av "take home baby rate". Exempelvis räknas "take home baby rate" statistiken inklusive totalfrysbehandlingar i det nationella kvalitetsregistret för IVF-behandlingar (Q-IVF).

Fertility Center har i sitt anbud intygat att de uppfyller de obligatoriska kraven avseende specifika kvalitetskrav. Emellertid har Fertility Center gjort en otillåten reservation avseende detta intygande i sin resultatredovisning. Den otillåtna reservationen anger att Fertility Center i "take home baby rate" avser "när alla totalfrysbehandlingar är borttagna", vilket inte är vad som efterfrågas i Regionens obligatoriska krav. "Take home baby rate" efterfrågas *per aspiration*, utan undantag.

Nordic IVF har i sin statistik inte räknat bort vare sig s.k. totalfrysar eller några andra aspirationer som inte har resulterat till återförening. Om Nordic IVF skulle ha räknat på samma sätt som Fertility Center har gjort skulle Nordic IVF ha fått en högre procentuell siffra än 26,9 %. Denna statistik hade dock varit felaktig.

Fertility Centers anbud uppfyller inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och därtill har de gjort en otillåten reservation avseende uppfyllandet av ett obligatoriskt krav. Därmed strider det mot den grundläggande gemen-

skapsrättsliga principen om likabehandling att anta Fertility Centers anbud. För det fall Regionen rätteligen skulle ha förkastat Fertility Centers anbud skulle Nordic IVF ha vunnit upphandlingen. Nordic IVF har således lidit skada av det upphandlingsfel som görs gällande.

Nordic IVF har kommit in med två utlåtanden till förvaltningsrätten. Ett utlåtande är skrivet av docent [REDACTED] som bl.a. intygar att s.k. totalfrysar, såvitt hon känner till, aldrig har räknats bort i den statistik som förts i det nationella kvalitetsregistret för assisterad befruktning (Q-IVF). Det andra utlåtandet är skrivet av professor [REDACTED] som bl.a. uppger att hans uppfattning är att det står i strid med de normer och den praxis som finns på IVF-området att räkna bort totalfrysbehandlingar från statistik avseende s.k. "take home baby rate".

Regionen anför bl.a. följande. Nordic IVF gör gällande att antaget anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet avseende att "take home baby rate ska vara minst 25 % räknat i antalet förlossningar per aspiration" med motiveringen att antagen leverantör vid beräkning av statistiken har räknat bort alla totalfrysbehandlingar. Regionen bestrider detta.

Under IVF-behandling stimuleras kvinnan först med hormoner för att äggstockarna ska producera fler ägg än under en vanlig menscykel. När äggblåsorna har mognat tas äggen ut från kvinnans äggstockar. Detta benämns aspiration eller äggplockning. Vid aspiration kan alltså ett eller flera ägg tas ut beroende på hur många ägg som mognat under stimuleringen. Oavsett antal ägg som plockas ska det således anses som ett aspirationstillfälle. Rörliga spermier och ägg förs samman i en odlingskål så att befruktning kan ske, s.k. provrörsbefruktning. Efter 2-6 dagar återförs ett eller två befruktade ägg (embryo) till livmodern, s.k. återinförande. Återinförandet i detta fall görs under en s.k. färsk cykel. Om det i samband med aspiration finns återstående ägg av bra kvalitet befruktas även dessa och fryses in för att kunna

användas senare under s.k. frysbehandlingar även kallat fryst cykel. Då krävs således ingen ny aspiration. För att undvika att kvinnan drabbas av överstimuleringsyndrom i samband med behandlingen kan kliniken göra den medicinska bedömningen att inte göra ett återinförande i pågående behandlingscykel. Samtliga ägg fryses då ner, s.k. totalfrys. Istället görs återinförandet av embryot i nästkommande menstruationscykel. Överstimulering är ett allvarligt medicinskt tillstånd som ibland kan kräva avancerad sjukhusvård.

Det är korrekt att totalfrysbehandlingarna är borträknade från statistiken hos Fertility Center. Det ligger i sakens natur att totalfrysta ägg inte kan medräknas eftersom dessa inte återförs i pågående cykel utan som anges ovan i nästkommande menstruationscykel. Statistiken skulle om totalfrysta ägg inräknades bli direkt felaktig. Vid efterföljande försök under s.k. fryst cykel har kvinnan stora chanser att bli gravid. Utifrån ovanstående anser Regionen att anbudsgivaren uppfyller kravet samt har bifogat dokumentation som visar att de obligatoriska kraven är uppfyllda.

Mot bakgrund av det anförda har Nordic IVF inte visat att Fertility Center inte uppfyller kravet på ”take home baby rate”. Härmed faller även påståendet om en otillåten reservation.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Nordic IVF har i målet anfört att Fertility Centers anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen då de angett att deras "take home baby rate" är 27 % men i anbudet även uppgett att rapporterad förlossningsfrekvens per OPU (27 %) är när alla totalfrysbehandlingar är borttagna. Det senare är enligt Nordic IVF även att betrakta som en otillåten reservation avseende uppfyllandet av det obligatoriska kravet.

Av punkt 3.5.2 i upphandlingsdokumentet - Specifika kvalitetskrav - framgår bl.a. att "Take home baby rate skall vara minst 25 % räknat i antal förlossningar per aspiration".

Av utredningen framgår att Fertility Center i deras bilaga till anbudet har angett att deras förlossningsfrekvens per OPU överstiger 25 %. Vidare framgår att Fertility Center i bilagan även angett att rapporterad förlossningsfrekvens per OPU är när alla totalfrysbehandlingar är borttagna. Regionen har ansett att Fertility Center uppfyller kraven i upphandlingsdokumentet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av upphandlingsdokumentet inte framgår om kravet att "Take home baby rate skall vara minst 25 % räknat i antal förlossningar per aspiration" innebär att anbudsgivarna ska räkna varje aspiration som genomförts så som Nordic IVF anför i målet, eller om kravet innebär att man kan lyfta ur de totalfrysbehandlingar som gjorts, så som Regionen menar är möjligt. Enligt förvaltningsrättens mening får Fertility

Centers svar i anbudet anses vara godtagbart utifrån hur det krav som ställts i upphandlingsdokumentet är formulerat. Att det skulle vara sedvana inom branschen att i statistiska sammanhang räkna med totalfrysbehandlingar vid uträkningen av ”take home baby rate” förändrar inte förvaltningsrättens bedömning då det här handlar om vad det är som kan utläsas ur upphandlingsdokumentet. Fertility Center har därför enligt förvaltningsrättens mening uppfyllt det obligatoriska kravet och anbudet har därmed heller inte innehållit en sådan otillåten reservation som Nordic IVF gjort gällande.

Förvaltningsrättens samlade bedömning är således att Nordic IVF inte har visat att Regionen har brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU genom att godkänna och tilldela Fertility Center kontraktet då Fertility Center enligt förvaltningsrättens mening uppfyller de krav i upphandlingsdokumentet som Nordic IVF har anmärkt på i sin ansökan. Nordic IVF:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Per Hansson
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.