



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2015-06-02
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6516-15

Sida 1 (10)

KONKURRENSVERKET	
2015-06-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

B. Braun Medical AB, 556251-5170

Ombud: Advokaterna Malin Albert och Natali Phalén
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Danderyds Sjukhus AB, 556575-6169

Ombud: Bolagsjuristen Bechir Eklund
Danderyds sjukhus AB
Funktionen Juridik
182 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår B. Braun Medical AB:s ansökan om
överprövning.

Dok.Id 606898

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Danderyds sjukhus AB (Danderyds sjukhus) genomför en upphandling av volym – och sprutpumpar, dnr DS2014-1533. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Danderyds sjukhus har i tilldelningsbeslut den 19 mars 2015 beslutat att teckna avtal med annan leverantör än B. Braun Medical AB.

B. Braun Medical AB (bolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Det vinnande anbudet från Fresenius Kabi AB ska förkastas eftersom det rätteligen inte skulle ha utvärderats. Upphandlingen har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att Danderyds sjukhus, i strid mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen har antagit ett anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav. Om förvaltningsrätten skulle finna att Fresenius pumpar uppfyller kravet anser bolaget att förfrågningsunderlaget brister i transparens. Vid en korrekt genomförd prövning av anbuden hade bolaget, som placerades som tvåa i upphandlingen, tilldelats kontrakt. Bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Danderyds sjukhus bestrider bifall till bolagets yrkanden och anser att ansökan ska avslås samt anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Utvärderingen av anbuden har inte skett på ett sätt som avviker från de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget. Det finns ingen del i hanteringen av utvärderingen eller upphandlingen i övrigt som konstituerar brott mot LOU, de rättsliga principer som bär upp LOU eller gemenskapsrätten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt övriga bestämmelser i lagen. Frågan är om det utifrån vad bolaget har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att bolaget kan visa att det har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU.

Fresenius Kabi AB:s anbud

Bolaget anför bl.a. följande. Fresenius Kabi AB (Fresenius) har offererat följande infusionspumpar i upphandlingen: sprutpump "Injectomat MC Agilia Avancerad sprutpump" och volympump "Volumat MC Agilia". Fresenius infusionspumpar uppfyller inte ska-kraven i punkt 3.21 och 4.19 om att konstruktionen ska klara upprepade nätspänningsbortfall i tät följd. Vid nätspänningsbortfall i tät följd försätts pumparna i "errorläge" och slutar att fungera. Detta är vad som skedde vid en incident i januari 2013 på Linköpings universitetssjukhus vilket ledde till en anmälan till Läkemedelsverket. Som en direkt följd av händelsen uppställde landstinget i Östergötland ett ska-krav på att infusionspumpars konstruktion ska klara upprepade nätspänningsbortfall i tät följd i en ny upphandling av pumpar till landstinget. Detta ska-krav är identiskt med ska-kravet i upphandlingen. I upphandlingen genomförd av landstinget i Östergötland lämnade Fresenius också anbud och offererade de aktuella pumparna. Efter tester av pumparna vid prövning av anbuden i den upphandlingen kunde landstinget konstatera att Fresenius pumpar inte klarar av fortsatt funktion vid upprepade nätspänningsbortfall. Fresenius anbud förkastades med

anledning av bristande ska-kravsuppfyllelse. De ska-krav som inte uppfylldes var som ovan nämnts identiskt utformat som det nu aktuella ska-kravet. Landstingets beslut att förkasta Fresenius anbud på denna grund fastställdes efter överprövning av Förvaltningsrätten i Linköping genom dom i mål nr 7341-13. Mot denna bakgrund framgår det tydligt att Danderyds sjukhus har missbedömt Fresenius anbud. Anbudet skulle till följd av att det inte uppfyller samtliga ska-krav rätteligen ha förkastats och därmed inte utvärderats.

Danderyds sjukhus har vidare inte kopplat kravet till avtalsutkastets punkt 29. Det finns därför inget stöd för att påstå att kravet ska tolkas i enlighet med de minimistandarder som hänvisas till i avtalsutkastets punkt 29. Danderyds sjukhus har inte heller i förfrågningsunderlaget angett att infusionspumparna är kopplade till avbrottsfri kraft (s.k. UPS). Förfrågningsunderlaget innehåller alltså ingen information om att innebörden av att det identiska ska-kravet i förfrågningsunderlaget skulle avvika från den allmänna och objektiva uppfattningen. Vid avsaknad av dessa omständigheter och med beaktande av det identiska kravets tidigare tolkning tillsammans med domen i mål nr 7341-13 går det inte att förstå kravet på annat sätt än att pumparna ska klara den kontroll som utfördes av landstinget i Östergötland. Fresenius offererade infusionspumpar uppfyller inte detta krav.

Danderyds sjukhus anför bl.a. följande. I sin begäran om överprövning tillmäter bolaget punkterna 3.21 och 4.19 i kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget ett visst innehåll vilket bl.a. baseras på vad som framkom i beslut från Förvaltningsrätten i Linköping i mål nr 7341-13. Under klausulen 29 "Standarder och regelverk" i avtalsutkastet, som är en del av anbudsinvändningen i förfrågningsunderlaget, framgår viktiga parametrar av relevans för bedömningen av hur man ska tolka innehållet i kravspecifikationen under punkt 3.21 och 4.19. Av klausulen 29 kan det

bl.a. utläsas att utrustningen ska uppfylla standarden SS-EN 60601-1 vilken i sin tur hänvisar till den internationella tilläggsstandard IEC 60601-1-2. I samma tilläggsstandard (IEC 60601-1-2) uppställs specifika krav för spänningsbortfall, korta avbrott och spänningsvariationer i strömförsörjning. Dessa krav är uppställda för att simulera normala avvikelser/variationer i ett elnät som finns i sjukhusmiljö.

I Fresenius anbud ingår en manual för respektive infusionspump vari det under tabell 202 på sidorna 44 och 65 framgår hur bolaget uppfyllt kravet i 3.21 och i 4.19 i förfrågningsunderlaget. I punkterna 3.21 och 4.19 i förfrågningsunderlaget uppställs krav kopplat till nätspänningsfluktuationer och upprepade nätspänningsbortfall. Begreppet nätspänningsfluktuationer i förfrågningsunderlaget uttrycks i IEC 60601-1-2 såsom "spänningsvariationer".

Vad gäller skrivningen "upprepade nätspänningsbortfall i tät följd" i punkterna 3.21 och 4.19 i kravspecifikationen anser Danderyds sjukhus följande. Under de förutsättningar som framgår av tabell 202 ska infusionspumparna klara korta avbrott om fem sekunder. Av kolumn 1 rad 4 hänvisas det till IEC 61000-4-11 vari det framgår att testförfarande ska utföras på så sätt att man genomför tre korta avbrott om fem sekunder i tät följd, dvs. med tio sekunders mellanrum.

Vad gäller skrivningen "behålla inställningar och driftvärden lagrade vid nätspänningsfluktuationer" i punkterna 3.21 och 4.19 i kravspecifikationen anser Danderyds sjukhus följande. Av tabell 202 framgår under vilka förhållanden produkten testats för nätspänningsfluktuationer/variationer. Under samtliga fyra i tabell 202 angivna testfall behåller infusionspumparna inställningar och driftvärden.

Sammantaget anser Danderyds sjukhus att Fresenius infusionspumpar uppfyllt de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget.

För det fall kortare upprepade spänningsbortfall inträffar är pumparna, utöver det krav som framgår av standardaren, behäftade med ett skydd mot transistorer, s.k. strömspikar. Detta skydd medför att ifall en individuell infusionspump slås ut så behåller pumpen inställningar och driftvärden lagrade i pumpens logg, varifrån information kan återvinnas.

Danderyds sjukhus bestrider att innebörden av ska-kravet i punkterna 3.21 och 4.19 i nu aktuell upphandling kan härledas från, och/eller jämföras med, vad som framkom i mål nr 7341-13. I nu aktuell upphandling har det inte förelegat samma eller liknande förhållanden som de i mål nr 7341-13. I det målet har landstinget uppgett att "ett lämpligt och rimligt sätt att kontrollera det aktuella skullkravet är att slå på och av strömmen 10 gånger i korta intervaller att upprepa detta 10 gånger". Denna extremstresstest som landstinget utsatt pumparna för har inte varit aktuellt för Danderyds sjukhus eftersom IVA-pumparna är kopplade till avbrottsfri kraft, (s.k. UPS). Av Reidarrapporten framgår det på s. 3 under rubriken "föreslagen åtgärd" att MTA rekommenderar UPS-drift av Fresenius pumpar. Danderyds sjukhus behöver enligt domstolspraxis inte ta hänsyn till förutsättningar som inte är relevanta för Danderyds sjukhus del. I förevarande fall har sjukhuset långt innan aktuell upphandling påbörjades säkerställt att IVA-pumparna är kopplade till avbrottsfri kraft, s.k. UPS (bestående av ett stort antal batterier). Detta är ytterligare en parameter som medför att det inte går att dra några relevanta paralleller till det åberopade målet nr 7341-13.

I egenskap av beställare och upphandlande myndighet är det Danderyds sjukhus som själv har bäst förutsättningar att utvärdera anbuden, jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 5 juli 2010 i mål nr 985-10.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget anför att Danderyds sjukhus har erbjudit Fresenius det aktuella kontraktet trots att Fresenius inte uppfyller samtliga de s.k. ska-krav som uppställts. Danderyds sjukhus har uppgett att Fresenius uppfyller uppställda krav.

De aktuella ska-kraven gäller volympump respektive sprutpump och är identiska till ordalydelsen samt framgår av förfrågningsunderlaget punkt 3.21 respektive 4.19:

Pumparna skall ha internbatteri med en batteritid på minst 4h vid ett flöde på 100ml/h som vid bortfall av nätspänning automatiskt tar över driften av pumpen. Konstruktionen skall klara upprepade nätspänningsbortfall i tät följd och skall behålla inställningar och driftvärden lagrade vid nätspänningsfluktuationer.

När det gäller påståenden som till sin natur är sådana att det inte går att bedöma tillförlitligheten i dem utan teknisk eller annan särskild sakkunskap är det leverantörens ansvar att genom sakkunnigbevisning eller på annat sätt styrka sina påståenden (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6092-13). Bolaget har i aktuellt mål till stöd för sin talan hänvisat till en upphandling som skett inom landstinget i Östergötland och en dom från Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 7341-13. Bolaget menar att ska-kravet i 3.21 och i 4.19 är identiskt med det ska-krav som uppställdes av landstinget i Östergötland i en liknande upphandling och att Fresenius anbud då förkastades av landstinget i Östergötland på grund av bristande ska-kravsuppfyllelse. Likhetera med aktuell upphandling leder enligt bolaget till slutsatsen att Fresenius anbud borde förkastas även i den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar beträffande nu aktuell upphandling att det i svarsformuläret angående ska-kravet i 3.21 och i 4.19 efterfrågas om kravet uppfylls eller inte, vilket anbudsgivare ska besvara med ja eller nej. Fresenius har här svarat ja både gällande ska-

kravet i 3.21 och i 4.19. Förvaltningsrätten anser att även om många upphandlingar liknar varandra får varje upphandling sägas genomföras efter unika förutsättningar. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av utredningen i målet att förutsättningarna i nu aktuell upphandling inte nödvändigtvis är desamma som i den tidigare upphandlingen inom landstinget i Östergötland. Förvaltningsrätten noterar härvid även att Danderyds sjukhus har påpekat att det inte har förelegat samma eller liknande förhållanden i aktuell upphandling som de i landstinget i Östergötlands upphandling och i det av bolaget åberopade målet från Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 7341-13. Förvaltningsrätten konstaterar att även om ska-kraven (3.21 och 4.19) till ordalydelsen är desamma som i den tidigare upphandlingen inom landstinget i Östergötland har bolaget inte närmare specificerat på vilket sätt Danderyds sjukhus i nu aktuell upphandling skulle ha antagit Fresenius anbud i strid med kraven i 3.21 eller 4.19, de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad bolaget anfört och kommit in med i målet inte visar att Fresenius anbud inte uppfyllt de ska-krav som gällde i aktuell upphandling och därför borde ha förkastats av Danderyds sjukhus.

Förfrågningsunderlaget i fråga om transparens

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har anfört bl.a. följande. Om förvaltningsrätten skulle finna att Fresenius infusionspumpar uppfyller ska-kravet och således att den innebär som Danderyds sjukhus ger kravet har Danderyds sjukhus öppnat för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av presumtiva leverantörer. Förfrågningsunderlagets utformning strider därmed mot principerna om förutsebarhet och transparens. De brister i förfrågningsunderlaget som här påtalas har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Bolaget har mot bakgrund av domen i mål nr 7141-13 vid ingivande av anbud utgått från att Fresenius inte skulle kunna komma i fråga som leverantör i upphandlingen. En parameter vid all prissättning i upphandlingar är konkurrenssituationen, som vid varje enskild upphandling analyseras inför bestämmande av det pris som ska offereras. Vid prissättningen av bolagets anbud i upphandlingen har bolaget naturligtvis beaktat att Fresenius inte skulle kunna utgöra en konkurrent. Förfrågningsunderlagets brister har på så sätt påverkat bolagets möjligheter att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och har medfört att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada. Det kan vidare uppmärksammas att det aktuella ska-kravet är ett s.k. funktionskrav. Det framgår av kommentaren till 6 kap. 3 § LOU att om en upphandlande myndighet väljer att använda sig av funktionskrav måste myndigheten vara tydlig i sin kravspecifikation så att leverantörerna kan bilda sig en uppfattning om föremålet för upphandlingen.

Danderyds sjukhus anför att förfrågningsunderlaget har utformats på ett strukturerat och godtagbart sätt. Samtliga anbudsgivare har kunnat avgöra vad som har tillmätts betydelse vid upphandlingen och utvärderingen av upphandlingen har genomförts på så sätt att de lett till ett rättvisande resultat, jfr RÅ 2002 ref. 50.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten anser att det med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget vilka egenskaper som efterfrågats och vilka krav som ställts på sprut- och volympumparna. Förvaltningsrätten finner inte att vad bolaget har anfört visar att förfrågningsunderlaget är behäftat med sådana brister som gör att principerna som bär upp LOU eller EU-rätten träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Sammanfattning

Det som bolaget anfört utgör alltså inte skäl för att ingripa enligt LOU på grund av att utvärderingen av anbuden eller förfrågningsunderlaget strider mot principerna om transparens och likabehandling eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Susanne Bagge

Rådman

Hanna Axelsson har föredragit målet.



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 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.

