



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

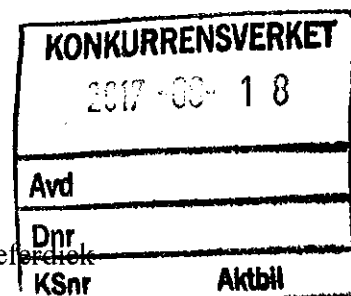
DOM

2017-08-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr

11637-17



SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia AB, 556067-8194

Ombud: Advokaterna Johan Linder Säverman och Sascha Schaefer
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Region Gotland
621 81 Visby

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Roche Diagnostics Scandinavia AB:s ansökan om överprövning och beslutar att Region Gotlands upphandling Diabeteshjälmedel (dnr 2014-48), såvitt avser paket 1, "Basmätare", ska göras om.

Dok.Id 879473

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Region Gotland genomför en upphandling av diabeteshjälpmiddel (dnr 2014-48). Upphandlingen genomförs enligt ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och omfattar olika paket. Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche), Abbott Scandinavia AB (Abbott) och ett annat bolag har lämnat anbud avseende paket 1 som omfattar blodglukosmätare, kallad "Basmätare". Genom tilldelningsbeslut den 5 maj 2017 har Region Gotland antagit Abbotts anbud avseende paket 1.

Roche yrkar att upphandlingen, såvitt avser paket 1, ska rättas genom att kvalificeringen av anbuden görs om och anförs bl.a. följande. Abbotts anbud uppfyller inte det obligatoriska kravet i kravspecifikationens punkt 6.2.1. på att utrustningen inte ska tappa tid vid batteribyte. Genomförda tester av batteribyten som tar mellan en och tio minuter visar att Abbotts offererade mätare tappar tiden vid batteribyte. Efter ett batteribyte som tar mellan en och tio minuter måste tiden ställas in på nytt. Utifrån hur kravet är formulerat finns det inte något stöd för att en viss felmarginal eller liknande skulle kunna godtas. Kravet har ett adekvat samband med upphandlingsföremålet och är inte i sig oproportionerligt. Anbudet borde därför rätteligen ha förkastats. Det strider mot likabehandlingsprincipen att godta ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav. Som en följd av detta har Roche, vars anbud placerades på andra plats vid anbudsutvärderingen, lidit skada.

Region Gotland bestrider bifall till Roches ansökan om överprövning och anförs bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Roche har inte lidit någon skada i LOU:s mening. Det är av intresse för den medicinska behandlingen att det finns möjlighet att följa dygnsvariationer i uppmätt blodsockerhalt. Skulle produkten vid varje strömförlust tappa

information i temporalt hänseende, skulle mätvärdena bara representeras i en stapel. Därför har det aktuella kravet på produkten ställts. Av Abbots manual till produkten och av regionens tester av produkten framgår att produkten förlorar några minuter vid batteribyte. Detta innebär dock inte att utrustningen tappar tiden. Syftet med kravet är uppfyllt, eftersom det är möjligt att följa dygnsvariationen. Några minuters fördröjning motverkar inte syftet. Kravet är proportionerligt.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det framgår vidare att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas vid upphandlingar.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden 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 också att det visas att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). Respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna innebär som huvudregel att anbud som inte uppfyller

obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget inte ska beaktas vid utvärderingen (se HFD 2016 ref. 37).

Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, har uttalat bl.a. följande om obligatoriska krav i en upphandling. I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav, ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (se HFD 2016 ref. 37).

Utredningen i målet

Under punkt 6.2 i kravspecifikationen för paket 1 anges specifika krav för mätare. Under punkt 6.2.1 anges bl.a. följande:

”Utrustningen ska kunna vara batterilös i minst 10 minuter. Utrustningen ska inte tappa tid, datum eller mätvärden vid batteribyte”.

Av bruksanvisningen för Abbotts offererade produkt ”FreeStyle” och av inlämnade testprotokoll framgår att den aktuella produkten kan förlora tid- och datuminställningar vid batteribyte. Av Region Gotlands testprotokoll avseende produkten framgår att tidsinställningen förlorades vid batteribyte –

att tiden stod på 10:15 innan batteriet plockades ut och att tiden stod på 10:21 efter att batteriet sattes tillbaka tio minuter senare.

Förvaltningsrättens bedömning

Det aktuella kravet under punkt 6.2.1 har utformats som ett obligatoriskt krav. Kravet är tydligt och lättförståeligt och kan inte tolkas på annat sätt än att utrustningen inte ska tappa tid vid ett batteribyte. Utifrån hur kravet är utformat ger det inte utrymme för någon felmarginal eller för förlorade tidsinställningar i utrustningen vid ett batteribyte. Syftet med kravet är att det ska vara möjligt att följa dygnsvariationer i uppmätt blodsockerhalt, vilket har betydelse för den medicinska behandlingen.

Roche har gjort gällande att Abbotts offererade produkt, såvitt avser paket 1 i upphandlingen, inte uppfyller kravet, eftersom produkten tappar tiden vid batteribyte. Enligt Region Gotland förlorar utrustningen några minuter vid batteribyte. Regionen menar samtidigt att detta inte innebär att utrustningen tappar tiden. Region Gotland har vidare anfört att syftet med kravet är uppfyllt, eftersom det är möjligt att följa dygnsvariationen och att några minuters fördröjning inte motverkar syftet.

Enligt förvaltningsrätten framgår det av utredningen att Abbotts produkt i vissa fall förlorar tidsinställningen vid batteribyte och att det uppstår en tidsfördröjning i utrustningen. Tiden måste därefter ställas in på nytt. Detta innebär att produkten inte uppfyller det obligatoriska kravet i kravspecifikationens punkt 6.2.1 på att utrustningen inte ska tappa tid vid batteribyte. Region Gotland borde därför inte ha låtit Abbotts anbud gå vidare till utvärdering i upphandlingen. Genom att göra detta har Region Gotland agerat i strid med principen om likabehandling. Roche, som kom på en andraplats vid utvärderingen, har som en följd av felet lidit skada. Det finns därför förutsättningar för ingripande enligt LOU.

Vid en överprövning av en upphandling är domstolen inte bunden av sökandens yrkande utan har att bedöma om de omständigheter som sökanden åberopar ger anledning till ingripande enligt LOU i form av antingen ett förordnande om rättelse på ett visst sätt eller att upphandlingen ska göras om.

Då det aktuella kravet har angetts i förfrågningsunderlaget har potentiella leverantörer haft anledning att förutsätta att kravet varit viktigt för Region Gotland (jfr HFD 2016 ref. 37). Det har inte framkommit annat än att kravet har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen. Mot bakgrund av vad Region Gotland har anfört om syftet med kravet tycks regionen ha ställt ett mer långtgående krav gällande att utrustningen inte får tappa i tid vid batteribyte än vad som har avsetts. Det kan dock inte uteslutas att potentiella leverantörer, som inte har kunnat uppfylla kravet på att utrustningen inte ska tappa tid vid batteribyte, har avstått från att lämna anbud i upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att Region Gotlands åtgärd att godta Abbotts anbud trots att det inte uppfyller det aktuella kravet strider mot likabehandlingsprincipen. Vid sådant förhållande och då åtgärden kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Catharina Nordler
Förvaltningsrättsfiskal

Ellen Kushner har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.