

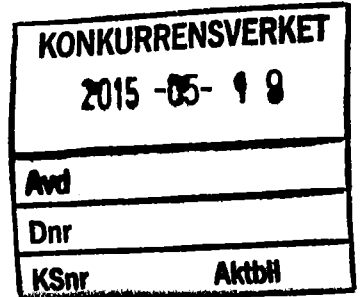


SÖKANDE

CareFusion Sweden 314 AB, 556199-4988
Box 452
191 24 Sollentuna

Ombud:

Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson
Jur. kand. Sofia Falkner
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm



MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun

2. Landstinget Sörmland
611 88 Nyköping

3. Landstinget i Uppsala län
Box 602
751 25 Uppsala

4. Landstinget Västmanland
721 89 Västerås

5. Örebro läns landsting
Box 1613
701 16 Örebro

genom Varuförsörjningen
Landstinget i Uppsala län
Virdings Allé 32 B
754 50 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen görs om för produktgrupp 50.

BAKGRUND

Varuförsörjningen har för Landstinget Dalarna, Landstinget Sörmland, Landstinget i Uppsala län, Landstinget Västmanland och Örebro läns landsting (landstingen) gjort en upphandling benämnd "Injektions-, infusions- och transfusionsmaterial", dnr VF2014-0001. Tilldelningsbeslut avseende produktgrupp 50 och 52 har fattats varvid anbud från andra än CareFusion Sweden 314 AB (bolaget) antagits.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering vidtas varvid bolagets anbud beaktas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Varuförsörjningen har för landstingens räkning upphandlat injektions-, fusions- och transfusionsmaterial. Bolaget har lämnat anbud i enlighet med de kravspecifikationer som framgår av förfrågningsunderlaget. De produkter som bolaget har offererat har felaktigt bedömts inte uppfylla samtliga obligatoriska krav. Detta innebär ett brott mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, särskilt likabehandlings- och transparensprincipen. Bolaget har på så sätt fråntagits möjligheten att utses till leverantör och har därigenom lidit, eller kan komma att lida, skada.

Under kravspecifikationen för produktgrupp 50 framkommer bl.a. att varje enhet ska vara tättslutande. I enlighet med förfrågningsunderlaget och på begäran från Varuförsörjningen har bolaget tillhandahållit varuprover identiska med de varor som kommer att levereras varefter tester genomförts på den av bolaget offererade produkten. De första testerna genomfördes endast mot bakgrund av den bruksanvisning bolaget tillhandahållit. Efter dessa testers genomförande fick bolaget möjlighet att utbilda vårdpersonalen i

hanteringen av produkten. Det är dock med stor sannolikhet så att det inte är dessa utbildade personer som sedan faktiskt utfört de aktuella testerna med felaktigt resultat. Det slutna blandningssystem som bolaget offererat har bedömts inte uppfylla det obligatoriska kravet på att vara tättslutande. På förfrågan från bolaget har Varuförsörjningen informerat om att produkten vid genomförda tester inte bedömts uppfylla kravet på tättslutande. Produkten är dock per definition tättslutande. Produkten används vid ett flertal andra inrättningar och har nyligen tilldelats kontrakt i en annan upphandling, varvid produkten rätteligen bedömts som tättslutande. Ett testresultat som lett till slutsatsen att produkten inte är tättslutande kan alltså endast bero på ett fel i handhavandet av produkten. Av sammanställning av testformulär framkommer att tester utförts åtta gånger, men det framgår inte huruvida det är åtta personer som genomfört testerna, om det är de av bolaget utbildade personerna som genomfört testerna eller hur produkten hanterats.

Av upphandlingsdokumentationen framgår inte hur eventuella tester avses att genomföras. Varuförsörjningen har på förfrågan meddelat följande. De offererade produkterna har testats i den dagliga verksamheten och använts istället för nuvarande upphandlad produkt. Produkterna har använts enligt instruktioner som getts under utbildningen och kontrollerats mot de krav Varuförsörjningen anser behöver testas kliniskt.

Varuförsörjningen har gjort en felaktig utvärdering. Vid ett korrekt handhavande av produkten hade Varuförsörjningen kunnat konstatera att produkten uppfyller det obligatoriska kravet på täthet. Det test som Varuförsörjningen valt att genomföra kan därför inte ligga till grund för bedömningen att produkten inte uppfyller kravet på tättslutande.

Definitionen av slutet blandningssystem omfattar att blandningssystemet är både lufttätt och läckagesäkert. Syftet med dylika slutna blandningssystem

är bl.a. att skydda vårdpersonal och andra från kontakt med läkemedel. Produkten är utvecklad och patenterad som ett slutet blandningssystem. Den patenterade teknologin gör även produkten droppfri genom den vakuummekanism som försäkrar en läckagefri och droppfri urkoppling av produkten. Produkten har av forskargrupp vid jämförelse med andra produkter bedömts uppfylla samtliga krav som då uppställdes avseende täthet och sterilitet. Vidare konstaterades att produkten utgör ett slutet system som förhindrar kontaminering och läckage, oavsett vilken lösning som hanteras. Produkten bedömdes även vara enklare att hantera, säkrare och mer effektiv än konkurrenters motsvarande produkt.

Produkten är tättslutande både vad avser läckage och utsläpp av läkemedelsaerosoler. Det sistnämnda har dock inte ställts upp som krav i upphandlingen.

Att produkten uppfyller det syfte och den funktion som produkten är avsedd att uppnå, dvs. att vara tättslutande, bekräftas även av att produkten används i stor utsträckning i Sverige, i EU och i världen och säljs i miljontals exemplar.

Bl.a. har Stockholms Läns Landsting (SLL) upphandlat produkten. SLL har i förfrågningsunderlaget ställt ett exakt likalydande krav på att produkten ska vara tättslutande och har rätteligen bedömt att den uppfyller kravet samt tilldelat bolaget kontraktet. Till styrkande av sin inställning att produkten är tättslutande har bolaget varit i kontakt med vårdpersonal inom SLL som i sin dagliga verksamhet använder produkten. Dessa personer intygar att produkten uppfyller kravet på att vara tättslutande.

Den personal som Varuförsörjningen låtit testa produkten har en begränsad erfarenhet av att använda produkten. Testpersonalens bedömning kan därför inte jämföras med den bedömning som gjorts av personal som dagligen

arbetar med produkten. Att viss del av testpersonalen varit av annan uppfattning kan endast bero på handhavandefel som uppkommit på grund av bristande erfarenhet att hantera produkten. Varuförsörjningens tester kan därför inte ligga till grund för bedömningen av om produkten rent objektivt uppfyller kravet på tättslutande. För det fallet att bolaget rätteligen tilldelas kontrakt kommer personalen givetvis att erhålla tillräcklig utbildning för hantering av produkten på ett korrekt sätt.

Bolaget har mot nämnda bakgrund visat, eller i vart fall gjort sannolikt, att produkten uppfyller aktuellt krav (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3827-13). En annan tolkning skulle försätta bolaget i en orimlig position vad gäller bevisning. Med hänsyn till att mål om överprövning har en likhet med sådana tvistemål, där man inom allmän processrätt tillämpar förhandlingsprincipen (se RÅ 2009 ref. 69), kan inte förvaltningsrätten sätta Varuförsörjningens ord framför bolagets när omfattande bevisning talar till bolagets fördel. I förevarande fall är det fråga om en situation där upphandlande myndighets egen bedömning står i motsats till bevisning som objektivt styrker att produkten uppfyller det uppställda kravet.

Det förvaltningsrätten ska ta ställning till i målet är endast huruvida produkten rent objektivt lever upp till det krav på tättslutande som uppställs i upphandlingen. Frågan om huruvida den personal, som för Varuförsörjningens räkning genomfört testet, gjort detta korrekt saknar i detta avseende betydelse för förvaltningsrättens bedömning och kan under inga omständigheter utgöra grund för diskvalificering i upphandlingen. Bolaget har fullgjort sin bevisbörda avseende produktens uppfyllande av aktuellt krav. Att under rådande omständigheter inte anse att bolaget fullgjort sin bevisbörda avseende produktens uppfyllande av aktuellt krav skulle försätta bolaget i en orimlig position. Det skulle även innebära att Varuförsörjningen i stort sett varit fri att genom tester komma fram till den bedömning den själv anser mest passande.

Att produkten hanteras på ett korrekt sätt innebär att densamma fyller sin funktion och således är tättslutande. Det bör noteras att det enligt förfrågningsunderlaget har funnits mycket litet utrymme för bolaget eller annan leverantör att självmant utbilda personal avseende erbjuden produkt. Bolaget har fått sådan möjlighet i mycket begränsad omfattning och endast avseende merparten av testpersonalen. Varuförsörjningen har felaktigt bedömt att produkten inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Eftersom Varuförsörjningens överträdelse av de upphandlingsrättsliga principerna inte rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det tillräckligt att upphandlingen rättas.

Landstingen bestrider bifall till ansökan. Landstingen yrkar vidare att för det fall att bolagets ansökan om överprövning bifalls ska upphandlingen förordnas att göras om såvitt avser produktgrupp 50.

Varuförsörjningen har inte brutit mot LOU eller dess grundläggande principer. Bolagets anbud har inte uppfyllt samtliga ställda obligatoriska krav och har därmed rätteligen uteslutits. Varuförsörjningens utvärdering av inkomna anbud har varit korrekt och har följt i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningar. För det fall att bolagets ansökan om överprövning vinner bifall beror det på att förfrågningsunderlaget är behäftat med en så allvarlig otydlighet att den menligt inverkat på det konkurrensuppsökande skedet. Detta förhållande jämte den omständighet att produkten inte uppfyller Varuförsörjningens verkliga behov innebär att upphandlingen ska förordnas göras om vid bifall till överprövningen.

Vid test av offererad produkt har den personal som utfört testerna begagnat sig av ett formulär som korresponderar mot de i kravspecifikationen uppställda kraven. Varuförsörjningen har vid test av produkten i samtliga fall följt den användarbeskrivning som bolaget tillhandahållit. Därutöver har delar av den personal som testat produkten erhållit utbildning av bolaget i

användandet av densamma. Utbildningen genomfördes innan testerna utfördes såvitt avser de personer som upprättat bilagda protokoll. Denna personal har senare funnit att produkten inte är tättslutande, vilket framgår av bilagda utvärderingsprotokoll. Även annan personal har funnit att produkten inte är tättslutande. Sammantaget kan det inte dras annan slutsats än att av bolaget offererad produkt inte är tättslutande.

Någon närmare beskrivning av vad Varuförsörjningen avsett med det uppställda kravet om att produkten ska vara tättslutande jämte det i Frågor och svar lämnade förtydligandet har inte varit nödvändig eftersom produkten antingen är, eller inte är, tättslutande. Upphandlingsunderlaget innehåller sålunda tillräcklig information om vad som kommer att utvärderas och hur bedömningen kommer att göras för att utvärderingen ska vara förenlig med principerna om transparens och likabehandling.

Vad som avses att styrkas med bolagets bevisning står i motsatsförhållande till Varuförsörjningens slutsatser vid utvärdering av produkten. Bolagets bevisning syftar till att styrka att produkten är tättslutande, medan Varuförsörjningen vid utvärdering har funnit att produkten inte är tättslutande.

Det är ostridigt att bolaget har beretts och tagit i anspråk möjlighet att utbilda merparten av utvärderande personal inför utvärderingen. Bolaget menar emellertid att personalen inte är kompetent eller utbildad nog att utvärdera produkten. Detta förhållande kan inte belasta den utvärderande personalen, utan det måste ligga inom bolagets ansvar att tillse att personalen har vederbörlig och adekvat kompetens eftersom bolaget faktiskt utbildat densamma.

Oaktat om utvärderande personal haft vederbörlig utbildning eller ej så kan Varuförsörjningen inte dra annan slutsats än att den av bolaget offererade produkten de facto inte är tättslutande, oavsett den bevisning bolaget före-

tett. För det fall att bolagets bevisning skulle innebära att produkten de facto är tättslutande, vilket bestrids, blir slutsatsen ändå att bolaget inte tillräckligt tagit till vara på möjligheten att utbilda utvärderande personal på ett adekvat sätt. Det kan inte vara fråga om en ren tillfällighet att så många av den utvärderande och utbildade personalen funnit produkten icke-tättslutande.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ingripa mot landstingens upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

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

Bolaget har i målet anfört att dess anbud för produktgrupp 50 felaktigt förkastats av Varuförsörjningen. Varuförsörjningen har underkänt bolagets produkt med hänsyn till att den inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav på att vara tättslutande, medan bolaget gjort gällande att produkten uppfyller kravet. Varuförsörjningen har underkänt bolagets produkt efter att den testats av personal, som konstaterat att produkten inte uppfyller kravet. Personalen har inför testet utbildats och instruerats av bolaget. Bolaget har å sin sida till stöd för sin inställning åberopat en rad omständigheter för att visa att produkten är tättslutande. Produkten säljs i miljontals exemplar över hela världen, bl.a. inom EU och i Sverige. Produkten är utvecklad och

patenterad som ett slutet blandningssystem. En forskargrupp har bedömt produkten vid jämförelse med andra produkter uppfylla krav avseende tät-
het och sterilitet. SLL har i en upphandling nyligen tilldelat bolaget kon-
trakt. Personalen är nöjd med produkten och ett stort antal personer har
intygat att den sluter tätt.

Förvaltningsrätten bedömer att det med beaktande av åberopad bevisning
framstår som i vart fall sannolikt att den offererade produkten är tättslu-
tande under förutsättning att den hanteras rätt. Frågan är därför om Varu-
försörjningen med hänsyn till hur produkten offererats ändå hade fog för
att förkasta bolagets anbud.

Landstingen har anfört att det i målet är ostridigt att bolaget tagit i anspråk
tid för att utbilda personalen i handhavandet av produkten. Landstingen har
därvid gjort gällande att om bolagets produkt är tättslutande så har perso-
nalen inte instruerats av bolaget på rätt sätt, att bolaget inte tillräckligt tagit
till vara på möjligheten att utbilda utvärderande personal på ett adekvat sätt
och att det inte kan vara fråga om en tillfällighet att så många av den ut-
värderande och utbildade personalen funnit produkten vara icke-
tättslutande.

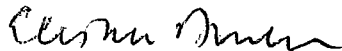
Förvaltningsrätten saknar anledning att ingripa mot upphandlingen för det
fall att Varuförsörjningen med hänsyn till vad som framkommit av bola-
gets anbud haft fog för att dra slutsatsen att den offererade produkten inte
är tättslutande. Frågan är därför om Varuförsörjningen i upphandlingen
fullgjort sina skyldigheter enligt LOU med anledning av test och utvärde-
ring av de offererade produkterna.

Det framgår i målet att de produkter som offererats för position 50 är så
pass komplicerade att använda att de inte kan hanteras på rätt sätt utan ve-
derbörlig instruktion. Personalen har trots bolagets utbildning misslyckats

med att handha dess offererade produkt på rätt sätt. Enligt förvaltningsrättens bedömning hade det av förfrågningsunderlaget bort närmare framgå hur Varuförsörjningens tester skulle utföras och i vilken omfattning anbudsgivarna förväntades ge personalen instruktioner. Oklarheten i förfrågningsunderlaget har senare resulterat i en svårighet att genomföra testerna vid kvalificering och utvärdering på ett rättvisande sätt.

Förvaltningsrätten finner därmed sammantaget att det i målet framgår att bolaget på grund av bristande transparens i förfrågningsunderlaget hindrats att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Eftersom felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om för produktgrupp 50. Grund för överprövning avseende produktgrupp 52 har inte anförts.

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



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.



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 nå 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.

