



SÖKANDE

Beckman Coulter Aktiebolag, 556102-8027

Ombud: Advokat Mikael Dubois och biträdande jurist Martina Sterner
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

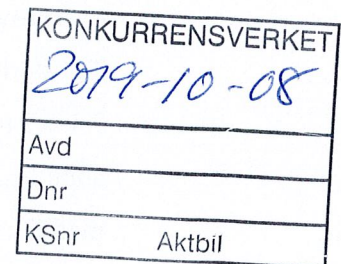
MOTPART

Region Västmanland

Ombud: Jurist Kristine Nilsson Wieslander
Kristine Wieslander Law

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut den 13 november 2018 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Västmanland genomför upphandling avseende utrustning för immunkemiska metoder, dnr DU-UPP18-0090.

Beckman Coulter Aktiebolag (Beckman Coulter) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anføres bl.a. följande. Utformningen av kravet i punkt 3.1.1.7 medför att en leverantör gynnas på bekostnad av övriga potentiella anbudsgivare i upphandlingen. Region Västmanland har därför agerat i strid med likabehandlingsprincipen och förbudet mot otillbörlig snedvridning av konkurrensen. Kravet går utöver vad som är nödvändigt eftersom Region Västmanland kunnat vidta mindre ingripande åtgärder. Det medför även en oproportionerlig negativ effekt, eftersom ett flertal leverantörer utestängs från deltagande i upphandlingen på grund av kravet. Region Västmanland har därför agerat i strid med proportionalitetsprincipen. Beckman Coulter riskerar att lida skada på det sätt som avses i lagen.

Region Västmanland bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Kravet i punkt 3.1.1.7 har inte utformats i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet. Kravet ger inte heller som sådant upphov till någon konkurrenshämmande effekt. Beckman Coulter har inte visat att bolaget varit förhindrat att avge anbud i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

I 4 kap. 2 § LOU anges att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och inte heller får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

I punkt 3.1.1.7 i kravspecifikationen för den nu aktuella upphandlingen anges vilka metoder som ska tillhandhållas genom den offererade utrustningen. Kravet att metoden S100B ska tillhandahållas innebär enligt Beckman Coulter att punkt 3.1.1.7 utformats i strid med principerna om likabehandling och konkurrens samt proportionalitet. Beckman Coulter har anfört att det endast är en leverantör som kan offerera metoden S100B. I och med att leverantören enligt Beckman Coulter därmed är ensam om att kunna offerera alla metoder i punkt 3.1.1.7 anser bolaget att leverantören är den enda som kan lämna anbud som uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingen.

Strider kravet i punkt 3.1.1.7 mot principerna om likabehandling och konkurrens?

Förvaltningsrätten anser inledningsvis att kravet i punkt 3.1.1.7 i sin ordalydelse inte är utformat så att det i sig kan anses gynna viss leverantör och därför vara i strid med principerna om likabehandling och konkurrens. Beckman Coulter har till stöd för talan i denna del anfört att även villkor som formellt tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer strider mot likabehandlingsprincipen om villkorets effekt är att en viss leverantör favoriseras utan sakliga skäl. Beckman Coulter har även anfört att det

saknas sakliga skäl att utforma kravet på så sätt som gjorts eftersom kravet på tillhandahållande av metod S100B hade lämpat sig som option eller som ett separat avtal. Enligt Beckman Coulter är det uppenbart att kravet begränsar antalet potentiella anbudsgivare.

I målet är det ostridigt att det endast är ett fåtal leverantörer som tillhandahåller metoden S100B. Att endast en eller ett fåtal leverantörer kan uppfylla samtliga krav i en upphandling innebär emellertid enligt förvaltningsrätten inte att själva utformningen av upphandlingen varit gynnande för vissa leverantörer. Vidare anser förvaltningsrätten att det inte heller är möjligt att konstatera att endast en leverantör haft möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Förvaltningsrätten har då beaktat följande.

Region Västmanland har uppgett att patentet för metoden S100B löpte ut den 10 juni 2017 samt att det inte är den leverantör som lämnat anbud i upphandlingen som varit innehavare av patentet. Vidare anser regionen att det stått samtliga anbudsgivare fritt att förvärva rättigheter till metoden och att utveckla lösningar på metoder i enlighet med tidigare patent. Region Västmanland anser även att det stått samtliga anbudsgivare på immunkemimarknaden fritt att offerera efterfrågad metod antingen genom egen kapacitet eller genom underleverantör och att regionen inte kan hållas ansvarig för att vissa anbudsgivare inte valt att utveckla en metod avseende S100B.

Beckman Coulter har anfört att även om bolaget hade påbörjat processen för att kunna utveckla egna reagenser eller försöka få licens direkt när patentet gått ut hade det inte varit möjligt att offerera en analysmetod i upphandlingen. Enligt Beckman Coulter är det därför inte bolagets val att inte offerera en analysmetod för S100B. Vidare anser Beckman Coulter att det inte är rimligt att utgå från att leverantörer ska vara beroende av att andra företag alltid är beredda att ställa sina resurser till förfogande samt att

det inte är rimligt i en upphandling när det är företag som konkurrerar om samma kontrakt.

Även om det är riktigt att det tar tid att utveckla egna reagenser, att få licens från patentinnehavaren samt att få nödvändiga tillstånd för metoden anser förvaltningsrätten att det Beckman Coulter anfört inte utgör skäl att göra någon annan bedömning av leverantörers möjlighet att offerera metoden S100B än den Region Västmanland framfört.

Sammantaget anser därför förvaltningsrätten att kravet i punkt 3.1.1.7 inte kan anses ha utformats i syfte att gynna viss leverantör eller i strid med likabehandlingsprincipen. Det Beckman Coulter anfört i denna del utgör därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Strider kravet i punkt 3.1.1.7 mot proportionalitetsprincipen?

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas (prop. 2006/07:128 s. 132).

Beckman Coulter har anfört att kravet på att tillhandahålla metoden S100B strider mot proportionalitetsprincipen eftersom Region Västmanland hade kunnat vidta mindre ingripande åtgärder genom att utforma kravet som en option eller upphandla metoden separat. Enligt Beckman Coulter är den negativa effekten av att ha metoden som ett ska-krav att flera leverantörer utestängs från möjligheten att lämna anbud i upphandlingen och effekten är enligt bolaget inte proportionerlig i förhållande till kravets syfte. Vidare har Beckman Coulter anfört att samtliga steg i en proportionalitetsbedömning

måste vara uppfyllda för att åtgärden ska vara förenlig med proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten kommer först att ta ställning till frågan hur en proportionalitetsbedömning ska göras och därefter pröva om det i målet aktuella kravet på metod S100B är proportionerligt.

Hur ska en proportionalitetsbedömning göras?

En proportionalitetsbedömning sker vanligen i tre steg (se HFD 2016 ref. 37 I och II samt där refererade rättsfall). Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen.

En proportionalitetsbedömning kan även göras som en mera samlad bedömning. För den nu aktuella prövningen anser dock förvaltningsrätten att det finns skäl att utgå från de tre stegen som redogjorts för ovan. Enligt förvaltningsrätten innebär emellertid inte den omständigheten att ett steg i proportionalitetsbedömningen inte är uppfyllt i sig att en åtgärd är oproportionerlig.

Förvaltningsrätten har då beaktat att det av EU-domstolens praxis följer att en proportionalitetsbedömning ska genomföras som en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. Även om det ofta är avgörande om åtgärden går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet, vilket Beckman Coulter argumenterat för i målet, är det avgörande om åtgärden vid avvägningen mellan de motstående intressena kan anses proportionerlig. Förvaltningsrätten anser även att det sista steget i

bedömningen skulle sakna syfte om man i bedömningen uteslöt en prövning av om en mer ingripande åtgärd ändå står i proportion till den skada som åtgärden förorsakar.

Är kravet på metod S100B proportionerligt?

Förvaltningsrätten anser att kravet att metoden S100B ska tillhandhållas genom den offererade utrustningen är ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet. Som skäl för kravet har Region Västmanland uppgett att kravet syftar till att säkerställa patientsäkerhet vid akuta hjärnskador och att användandet av metoden minskar behovet av användandet av datortomografi och därmed medför att patienter i mindre omfattning utsätts för exponering av joniserande strålning samt att metoden är ett mycket mer prisvärt alternativ till datortomografi vid bedömning av hjärnskador i samband med våld mot skallen och att handläggningstiden minskar då svaret kan fås inom en halvtimme istället för ett flertal timmar. Region Västmanland har även anfört att en reducering av antalet immunkemiska instrument ger minskade merkostnader. Vidare anser förvaltningsrätten att kravet inte heller framstår som godtyckligt eller uppenbart osakligt (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att en åtgärd varit nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet, dvs. att det inte funnits några mindre ingripande alternativ. Region Västmanland har bestridit att kravet hade kunnat uppfyllas genom mindre ingripande åtgärder och anser att det helt är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra om ett krav ska vara ett obligatoriskt ska-krav eller en option. Region Västmanland har således endast bestridit att det skulle finnas mindre ingripande alternativ. Mot bakgrund av det Beckman Coulter anfört om möjligheten att ha metoden som en option eller i ett separat avtal kan regionen enligt förvaltningsrätten inte anses ha uppfyllt sin bevisbörda.

Trots det anser förvaltningsrätten, i och med att det inte går att konstatera att endast en leverantör haft möjlighet att offerera metoden, att kravet på metoden S100B inte kan anses oproportionerligt. Den fördel som det allmänna vinner, dvs. ökad patientsäkerhet, effektivitet och resursbesparing, står därmed i rimlig proportion till den eventuella skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen, i det här fallet potentiella anbudsgivare. Endast den omständigheten att Region Västmanland inte visat att det inte funnits mindre ingripande alternativ är därmed inte tillräckligt för att åtgärden ska anses oproportionerlig.

Inte heller det Beckman Coulter anfört i denna del utgör därför skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Alexandra Braf
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av föredragande juristen Charlotta Fröhammar.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.