



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2012-12-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21172-12

SÖKANDE

Miracon AB, 556447-9425

Ombud: Advokat William Kjellberg
Advokatfirman Grönvall HB
Box 10248
434 23 Kungsbacka

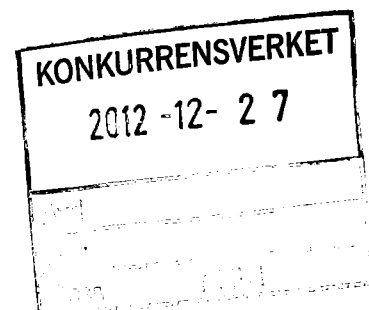
MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud: Landstingsjurist Paul Collins
Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Miracon AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 294207

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
09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av kopparspiraler, objekt SLL441. Vid upphandlingen används öppet förfarande. Miracon AB (Miracon) har lämnat in anbud. Genom tilldelningsbeslut den 4 oktober 2012 har SLL beslutat att teckna ramavtal med Miracon och en annan anbudsgivare, Bayer AB (Bayer). Miracon och Bayer har antagits som leverantörer utan inbördes rangordning.

Miracon yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen i första hand inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att Miracons anbud ska antas som enda spiral, att upphandlingen i andra hand inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att Miracons anbud ska rangordnas som förhandsval och möjligheten till annan fördelningsnyckel upphävs samt att upphandlingen, i tredje hand, ska göras om. Till stöd för sin talan anför bl.a. följande. Miracon har sedan år 2001 marknadsfört företaget Eurogines spiral Novaplust T 380 i Sverige i tre storlekar. Spiralen är närmast en kopia på Bayers spiral Nova T 380 vars patent gått ut, men med ett fördelaktigare pris, 125 kr per styck i stället för 165 kr per styck. Att Miracon och Bayers spiraler är helt likvärdiga har bekräftats av Region Skåne, landstinget Halland och Förvaltningsrätten i Jönköping i dom den 31 maj 2011 i mål nr 908-11 E och dom den 9 januari 2012 i mål nr 3048-11 E. Novaplust T 380 erbjuder dessutom fler variationer än Nova T 380 genom att det finns tre olika storlekar. På ungdomsmottagningarna i Kristianstad har Eurogine använts som kopparspiral i åtta år utan att de haft oväntade biverkningar, insättningsproblem eller andra avvikelser vid användandet. De har även sett fördelar med tre olika storlekar. Skillnaden mellan införingshulsans diameter på Novaplust T 380 och Nova T 380 är endast 0,15 mm, vilket utgör en marginell skillnad och saknar praktisk betydelse.

SLL har beslutat att anta Miracon och Bayer utan rangordning dem emellan. Eftersom endast två kopparspiraler uppfyllde samtliga skall-krav och SLL ville anta tre leverantörer har någon utvärdering inte skett beträffande lägsta pris. Av förarbetena till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, framgår att rangordning ska vara huvudregeln och att annan fördelningsnyckel än rangordning endast får användas om en rangordning inte är möjlig eller är förenad med påtagliga nackdelar. Situationen är inte sådan att en rangordning inte är möjlig eller är förenad med påtagliga nackdelar. Den fördelningsnyckel som uppställts är så oklar och godtycklig att den inte uppfyller EU-rättens krav på likabehandling, förutsägbarhet och transparens. Fördelningsnyckeln tar dessutom sikte på sådana faktorer som redan beaktats genom de högt ställda skall-kraven. Pris är enligt förfrågningsunderlaget det enda mätbara bedömningskriteriet förutom uppställda skall-krav vilket innebär att Miracon, i egenskap av leverantör med lägst pris, borde antas. Det saknas behov för att anta mer än en leverantör.

Kravet på likabehandling innebär enligt RÅ 2010 ref. 97 bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. Kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske. Enligt lydelsen i förfrågningsunderlaget överlämnas bedömningen i första hand helt till sjukvårdspersonalen. Det anges inte alls hur den medicinska bedömningen ska göras. Vårdgivarna kan således fritt välja mellan de två leverantörerna. Patientens inflytande enligt 3 a § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, tar sikte på valet av t.ex. hormonspiral eller kopparspiral och inte valet av märke på kopparspiralen.

Det är även oklart hur grunden ekonomisk hållbarhet ska tillämpas. Genom att inte välja den produkt som har lägst pris, trots att det saknas kvalitets-

skillnader mellan produkterna och det genom de uppställda skall-kraven skett en granskning av produktens kvalitet m.m., uppfyller upphandlingen inte kravet på affärsmässighet och proportionalitet. Landstinget har även genom uppställande av fördelningsnyckeln försökt att sätta den fria konkurrensen ur spel.

Miracon har lidit skada genom att det inte på ett tillförlitligt sätt går att beräkna vilka volymer som kan komma att bli avropade. Miracon kommer därtill sannolikt att sälja färre kopparspiraler. Landstinget kommer även att åsamkas högre kostnader utan motsvarande nytta. Det föreligger förutsättningar för rättelse. Att flera leverantörer skulle antas har inte inneburit någon påverkan i det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen vilket visar sig genom att samtliga leverantörer av kopparspiraler i Sverige som Miracon har kännedom om har lämnat anbud.

Miracon har tillfört målet bl.a. Förvaltningsrättens i Jönköping dom den 31 maj 2011 i mål nr 908-11 E, Förvaltningsrättens i Jönköping dom den 9 januari 2012 i mål nr 3048-11 E, intyg från barnmorska Ann Tiits, intyg från läkare Anders Friman och jämförande rapport från industriingenjör Carlos Falcón Martínez de Marañón,

SLL bestrider Miracons ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Det står landstinget fritt att välja om ett ramavtal som är föremål för upphandling ska ingås med en eller flera leverantörer. Landstinget har valt att ingå avtal med tre leverantörer i enlighet med 5 kap. 5 § LOU förutsatt att det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller skall-kraven. Tilldelning av avrop sker med beaktande av två mycket viktiga hänsyn, nämligen patientens säkerhet och pris. Om det saknas särskilda behov eller förutsättningar är det spiralen med lägst pris som ska väljas. Fördelningsnyckeln är nödvändig eftersom den möjliggör för sjukvårdspersonalen att ta höjd för patientens egna förutsättningar och åsikter inför valet av kop-

parspiral. Landstinget har en skyldighet att se till att vården och behandlingen så långt det är möjligt utformas och genomförs i samråd med patienten, vilket är en viktig del i konceptet ”god vård” enligt 2 a § HSL.

Den anatomiska variationen mellan kvinnor är stor avseende livmoderhalsens öppningsgrad och rigiditet samt livmoderns storlek och läge. Det finns många kvinnor med en extremt framåtlutande eller bakåtlutande livmoder, vilket gör spiralinsättningen komplicerad. Unga kvinnor har generellt en liten och tunn livmoderhals, varför spiralens införingsdiameter är av stor vikt för dessa kvinnor. Livmoderhalskanalens storlek och livmoderns lutning utgör faktorer som kan medföra en risk för vårdskada vid insättande av kopparspiral. Med anledning av risken för vårdskada bedöms kvinnans förutsättningar väga tyngre än priset. Novaplus T 380 är inte identisk med Nova T 380. Det finns skillnader på materialet, införingsdiametern och införingshylsan. Nova T har bl.a. fördelen av att ha en ring på införingsmandrängen, vilket gör att man enklare kan frigöra spiralen med en hand och insättningen sker utan assistans. Det vitsordas att Miracon erbjuder kopparspiralen i tre storlekar, men i klinisk praxis har det visat sig finnas begränsad användning av spiraler i olika storlekar.

Det framgår tydligt av anbudsinvjudan och ramavtalet på vilka grunder tilldelning av avrop kommer att ske. Det finns inte något hinder enligt LOU att välja en annan fördelningsnyckel i stället för rangordning så länge tilldelningen sker på ett objektiva sätt. Rangordning skulle vara förenad med påtagliga nackdelar eftersom det är patientens behov som måste prioriteras. Det bästa anbudet bestäms vid varje enskilt avrop där patientens egna förutsättningar, behov och säkerhet utifrån en medicinsk bedömning i första hand avgör valet av kopparspiral. I andra hand bestäms det bästa anbudet utifrån det lägsta priset. Fördelningsnyckeln är tydlig och det går inte närmare att precisera hur den ska tillämpas. Villkoren för tilldelning av kontrakt har varit kända för anbudsgivarna innan anbudsgivningen.

Eftersom tilldelning av avrop regleras såväl i anbudsinbjudan som i ett kontraktsvillkor och SLL avsett att ingå avtal med flera leverantörer kan dessa ställningstaganden inte ändras utan att hela upphandlingen väsentligen påverkas. Sådana ställningstaganden måste anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet eftersom de rimligen kan ha påverkat en leverantörs intresse av att lämna anbud. Om förvaltningsrätten bedömer att SLL brutit mot LOU i upphandlingen kan det vid val av påföljd endast vara fråga om att göra om upphandlingen.

SLL har tillfört målet bl.a. intyg från docent och överläkare Jan Brynhildsen och intyg från överläkare Pia Jakobsson Kruse.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I målet aktuella bestämmelser m.m.

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

Enligt 5 kap. 1 § LOU får en upphandlande myndighet ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster i denna lag.

I 5 kap. 2 § LOU anges följande. Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt vika från villkoren i ramavtalet.

Enligt 5 kap. 5 § LOU ska, om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, antalet leverantörer vara minst tre om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud, som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

I 5 kap. 6 § LOU anges följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske

genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad anbudsinvitan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören 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.

Av 2 a § HSL framgår bl.a. följande. Hälso- och sjukvården ska bedrivas så att den uppfyller kraven på god vård. Detta innebär bl.a. att den särskilt ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet. Vården och behandlingen ska, så långt det är möjligt, utformas och genomföras i samråd med patienten.

I 3 a § HSL anges följande. När det finns flera behandlingsalternativ som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet ska landstinget ge patienten möjlighet att välja det alternativ som han eller hon föredrar. Landstinget ska ge patienten den valda behandlingen om det med hänsyn till den aktuella sjukdomen eller skadan och till kostnaderna för behandlingen framstår som befogat.

Allmänt om tilldelning av kontrakt med stöd av ramavtal

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. följande vad gäller tilldelning av kontrakt med stöd av ramavtal. Ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt. En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten ska tillhandahålla, såsom t.ex. handikapphjälpmedel. Likaså kan det i vissa situationer vara nödvändigt att låta användaren av ramavtalet avgöra vilken produkt eller tjänst som ska avropas. Det kan t.ex. vara fråga om avtal gällande komplicerade medicinska produkter eller tjänster som beror på behandlande läkares val av

behandlingsmetod eller på vissa patienters speciella behov. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten ska kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll. Det anförda innebär inte att det är motiverat att avstå från att kräva att ramavtal ska innehålla en fastlagd rangordning. I de fall detta inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar bör dock avtalet innehålla andra grunder för i vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera. Dessa grunder måste tillgodose kraven på icke-diskriminering osv. (se prop. 2006/07:128 s. 175 och s. 179).

Utredningen i målet

Anbudsinbjudan, punkt 1.18, ”Prövning och utvärdering av anbud”, stycke 2, har följande lydelse.

”Utvärderingen går till på följande sätt:

Artiklarna sorteras från lägsta till högsta pris enligt artikelspecifikationens positionsnummer. Utvärderingen börjar med den artikel som har det lägsta priset. Kontroll sker om artikeln uppfyller skall-kraven i kravspecifikationen.

Om artikeln ej uppfyller skall-kraven lämnas en motivering i utvärderingsprotokollet och nästa artikel i prisordningen utvärderas.

Utvärderingskriteriet är lägst pris per position och annan fördelningsnyckel.

Annan fördelningsnyckel

Av säkerhets- och variationsskäl kommer SLL att anta minst 3 leverantörer per position gällande kopparspiraler där så är möjligt, då patientsäkerhet är ett av målen med upphandlingen och patientvariationen är stor.

Fördelningen mellan de antagna leverantörerna kommer att ske genom en annan fördelningsnyckel där medicinsk bedömning och beprövad erfarenhet för att uppnå patientsäkerhet avgör valet i första hand. I andra hand avgörs valet för att upprätthålla en god ekonomisk hållbarhet”.

Avtalsförslaget, ”Avtal avseende Kopparspiraler, SLL441 mellan Stockholms läns landsting och leverantören”, punkt 4, ”Avtalets omfattning”, har följande lydelse.

- 4.1. Leverantören åtar sig att till Avropande enhet leverera varor enligt detta avtal Kopparspiraler SLL441.
- 4.2. Beställaren kan inte garantera att Avrop kommer att uppgå till någon viss volym under avtalsperioden. Avrop från detta avtal sker avseende varje leverans utifrån Avropade enhets behov.
- 4.3. Annan fördelningsnyckel
Avtal kommer att tecknas med flera leverantörer, om så är möjligt. Fördelningen mellan de antagna leverantörerna kommer att ske genom en annan fördelningsnyckel där medicinsk bedömning och beprövad erfarenhet för att uppnå patientsäkerhet avgör valet i första hand. I andra hand avgörs valet för att upprätthålla en god ekonomisk hållbarhet.

Prövningen i förvaltningsrätten

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Vid överprövning enligt LOU gäller som huvudregel att det inte ankommer på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Förvaltningsrättens bedömning

Av 5 kap. 5 § LOU framgår att antalet leverantörer vid ingående av ramavtal med flera leverantörer ska vara minst tre om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

Det har inte ifrågasatts att Bayer och spiralen Nova T 380 uppfyller de av SLL angivna skall-kraven i anbudsinbjudan och kravspecifikationen. Förvaltningsrätten anser därför att det inte kommit fram något som visar att SLL genom att välja en upphandling av ramavtal och anta ytterligare en leverantör förutom Miracon inte har iakttagit LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna för upphandling.

Tilldelning av kontrakt grundat på ramavtal ska enligt 5 kap. 6 § LOU ske till den leverantör som lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som anges i ramavtalet. Ramavtalet ska vid sådan tilldelning innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som tillser att fördelningen sker på ett objektivt sätt.

Av ovan återgivna förarbeten framgår att ramavtal som huvudregel ska innehålla en fastlagd rangordning men att det, i de fall rangordning inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar, i avtalet ska anges andra grunder för vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera. Vid upphandling av sjukvårdstjänster och tandvårdstjänster har det tillåtits att upphandlande myndighet frångår principen om rangordning och tilldelar kontrakt utifrån en annan fördelningsnyckel eftersom det har ansetts medföra påtagliga nackdelar respektive särskilda svårigheter att avrop ska ske enligt en rangordning (se Kammarrättens i Jönköping dom den 12 april 2010 i mål nr 229-10 och Kammarrättens i Stockholm dom den 16 februari 2010 i mål nr 7433-09).

Förvaltningsrätten anser att avgörandena inte kan tolkas som att det vid samtliga upphandlingar av varor och tjänster inom sjukvård och tandvård kan anses motiverat att använda en annan fördelningsnyckel än rangordning. En individuell bedömning måste göras i varje enskilt fall. Bedömningen ska enligt förvaltningsrätten utgå från föremålet för den specifika upphandlingen samt de behov som följer av detta. Eftersom SLL, vid valet av fördelningsnyckel, inte rimligtvis kan ha förutsett vilka slutliga leverantörer och produkter som skulle komma att antas, saknar de skillnader som påtalats mellan Miracon och Bayers specifika spiraler relevans vid denna bedömning.

Med hänsyn till vad som framkommit om anatomiska skillnader mellan olika kvinnor samt patientens rätt till självbestämmande och att behandlingen ska utformas i samråd med patienten enligt HSL anser förvaltningsrätten att det varit förenat med påtagliga nackdelar att kräva att avrop ska ske enligt en given rangordning. SLL har således haft fog för att ange en annan fördelningsnyckel än rangordning i den aktuella upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser även att det av villkoren i avtalet, dvs. den angivna fördelningsnyckeln, framgår att en medicinsk bedömning av den enskilde patienten och patientsäkerhet i första hand är utgångspunkt för valet av leverantör och kopparspiral samt att lägsta pris i andra hand ska avgöra valet. Bestämmelserna i 5 kap. 6 § andra stycket LOU får därmed anses tillgodosedda. Någon risk för att upphandlande myndighet godtyckligt kan använda ramavtalet på ett otillbörligt sätt så att konkurrensen förhindras, snedvrids eller begränsas kan inte anses föreligga.

Förvaltningsrätten anser, med anledning av det som nu anförts, att det inte framkommit omständigheter som visar att SLL har utfört upphandlingen i strid med LOU eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Förutsättningar för ingripande enligt

16 kap. 6 § LOU föreligger således inte. Miracons ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Annika Pallvik Fransson
förvaltningsrättsfiskal

Förvaltningsrättsnotarien Mia Hemmestad 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU