



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2010-06-18
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
9160-10 E och 9260-10 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Miracon AB, 556447-9425
Henry Dunkers Plats 6
252 67 Helsingborg

KONKURSFIRMAN	
2010-06-21	
Avf	
Dnr	
Doss	Aktbil

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

MOTPARTER

1. Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

2. Region Skåne
291 89 Kristianstad

Ombud för 1 och 2: Patrik Andersson, Region Skåne, Avdelningen för juridik, Koncernkontoret, 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Miracons ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten i Göteborgs interimistiska beslut och Förvaltningsrätten i Skånes interimistiska beslut den 23 mars 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

De upphandlande myndigheterna Landstinget Halland och Region Skåne (landstingen) genomför gemensamt en upphandling av "Sjukvårdsprodukter och instrument", dnr 0901322. I tilldelningsbeslut daterat den 15 mars 2010 meddelas att Landstinget Halland och Region Skåne, vad avser position 1910 grupp 81 kopparspiral normal, beslutat ingå avtal med Bayer AB och Miracon AB.

Miracon AB (Miracon) har ansökt om överprövning av upphandlingen och därvid yrkat att förvaltningsrätten ska besluta om interimistiska åtgärder. Förvaltningsrätten i Göteborg har i beslut den 23 mars 2010 bestämt att upphandlingen i den del som gäller Landstinget Halland och avser position 1910 grupp 81 kopparspiral normal inte får avslutas innan annat beslutats i målet. Förvaltningsrätten i Skåne har i beslut samma dag bestämt att Region Skåne inte får avsluta upphandlingen såvitt avser position 1910 grupp 81 kopparspiral normal innan annat beslutats i målet.

Landstingen har därefter den 29 mars 2010 i tilldelningsbeslut 2 meddelat bl.a. följande. Landstingen har beslutat att göra följande rättelse i tilldelningsbeslut daterat den 15 mars 2010 gällande position 1910. I förfrågningsunderlaget punkt B.10 står det "Vid avtal med flera anbudsgivare på samma position kommer dessa att rangordnas." Detta gjordes inte i första tilldelningsbeslutet, därför gör vi följande rättelse. Tilldelningsbeslutet per den 15 mars gäller oförändrat i övriga delar. På position 1910 har två anbud kommit in. Landstingen vill teckna avtal med båda och de ska därför rangordnas enligt följande: 1. Miracon AB. 2. Bayer AB.

YRKANDEN M.M.

Miracon yrkar att upphandlingen, vad avser position 1910, ska rättas på sätt att möjligheten till avsteg från rangordning upphävs. Miracon yrkar i

andra hand att upphandlingen vad avser position 1910 ska göras om. Som skäl anförts bl.a. följande. Enligt förfrågningsunderlaget ska landstingen anta de anbud som uppfyller ställda skall-krav och som hade lägsta pris uppräknat med 2008 års förbrukning enligt sortimentsförteckningen. Samtliga skall-krav på i gruppen ingående positioner skulle vara uppfyllda för att kunna antas. Vid avtal med flera anbudsgivare på samma position skulle dessa rangordnas. Avsteg från rangordning kunde komma att göras utifrån den medicinska professionens bedömning i mötet med patienten. I sortimentsförteckningen till förfrågningsunderlaget anges beträffande position nr 1910, kopparspiral normal, att kvantiteten uppgår till 3100 st och att 1 – 3 leverantörer skulle antas som vinnare. Att uppställa möjlighet för avsteg från rangordning utan att närmare precisera under vilka förutsättningar detta får ske strider mot principer om likabehandling, förutsebarhet samt transparens. Enligt lydelsen i förfrågningsunderlaget överlämnas bedömningen helt till sjukvårdspersonalen i mötet med patienten vilket inte är förenligt med regelverket om offentlig upphandling. Genom att inte välja den produkt som har lägst pris, trots att det saknas kvalitetsskillnader mellan produkterna, uppfyller vidare upphandlingen inte heller lagens krav på affärsmässighet. Miracons spiral Eurogine är likvärdig med Nova T 380. Det är därför inte motiverat med en avstegsmöjlighet från rangordning. Sammantaget har landstingen brutit mot 1 kap. 9 § LOU när man uppställt möjligheter till avsteg från rangordning som brister i förutsägbarhet och transparens. Miracon har på grund härav lidit skada genom att Miracon inte på ett tillförligt sätt kan beräkna vilka volymer som kan komma att bli avropade enligt avtalet.

Landstingen bestrider Miracons yrkanden och anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget punkt B 10 anges bl.a. följande. ”Vid avtal med flera anbudsgivare på samma position kommer dessa att rangordnas. Avsteg från rangordning kan komma att göras utifrån den medicinska professionens bedömning i mötet med patienten.” I aktuell upphandling har Mi-

racon rangordnats som förstahandsval och Bayer AB (Bayer) som andrahandsval. Av ovanstående kan konstateras att landstingen är skyldiga att i första hand köpa in de produkter som erbjuds av Miracon. Endast för de fall då Miracon inte kan leverera äger landstingen rätt att köpa in Bayers produkter. I enlighet med vad Miracon anfört får Miracons och Bayers produkter anses vara likvärdiga. Detta innebär att avsteg inte kan ske i de fall den medicinska professionen *ensam* har att besluta om vilken av de båda produkterna som ska användas för viss patient. När den medicinska professionen gör sina avrop för att införskaffa produkter kommer den rangordning som framgår av tilldelningsbesluten således att tillämpas utan någon möjlighet till avsteg. På det sätt fördelningsnyckeln formulerats i förfrågningsunderlaget skulle det vara möjligt att göra avsteg från rangordningen om patienten haft möjlighet att utöva inflytande över vilken produkt som ska användas. Patienten kommer emellertid *inte* att ha någon möjlighet att själv bestämma vilken produkt som ska användas utan har bara att acceptera det val av produkt som landstingen gjort. Vid de avrop som den medicinska professionen gör bestämmer professionen själv över vilka produkter som köps in och då kommer den rangordning som fastställts i tilldelningsbesluten att tillämpas. Vid varje given tidpunkt kommer patient således enbart att ha en produkt att välja på. Någon skyldighet för den medicinska professionen att välja annan produkt finns inte. Detta innebär att även om en patient skulle framföra önskemål om att använda den produkt som rangordnats som nummer två och vägra använda den produkt som rangordnats som nummer ett finns det ingen skyldighet för landstingen att frånga rangordningen. Även om det mot bakgrund av ovanstående inte förefaller finnas någon praktisk möjlighet för patienten att utöva inflytande över valet av produkt bör det ändå redogöras för vad ett sådant eventuellt inflytande skulle innebära. Inledningsvis bör då nämnas att denna fråga har redogjorts för i proposition 2006/07 på sidan 175 på vilken bland annat följande sägs:

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. 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 avvikelser måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll.

Mot bakgrund av vad som sägs i proposition 2006/07:128 kan den slutsatsen dras att rangordning, i vilken avsteg kan göras, får anses tillåten under förutsättning att den upphandlande myndighetens möjlighet till avsteg tydligt framgår av förfrågningsunderlaget samt att avsteget görs med anledning av patients berättigade inflytande. Som redan nämnts framgår principerna för eventuella avsteg tydligt i förfrågningsunderlagets punkt B 10. Denna information har varit känd för alla leverantörer varför upphandlingen inte kan anses brista i transparens eller förutsägbarhet. I den mån avsteg görs måste detta ske mot bakgrund av patientens önskemål, vilket även detta framgår tydligt i förfrågningsunderlaget. Att patient i de fall då flera alternativ finns har rätt att välja det alternativ som denna önskar framgår av bland annat 3 a § i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) i vilken sägs att: 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.

Avslutningsvis kan noteras att Kammarrätten i Stockholm den 15 februari 2010 i mål 7433-09 avkunnat dom i fråga motsvarande den i detta mål.

Miracon har därefter anfört bl.a. följande. Av landstingens yttrande framgår att räckvidden av möjligheten till avsteg i praktiken är oklar och att det således brister i förutsägbarhet. Miracons spiral och Nova T 380 utgör vidare inte olika behandlingsalternativ i sjukvårdslagens mening. De är som landstingen vitsordat, helt likvärdiga. Kopparspiral och hormonspiral kan vara exempel på olika behandlingsalternativ. Det av landstingen åberopade rättsfallet avser tillhandahållande av medicinska tjänster i form av vård, för vilka gäller en lag om valfrihetssystem. Rimligen ska avstegsmöjligheten även vara möjlig att kontrollera tillämpningen av i efterhand. Det är ytterst tveksamt om detta låter sig göras. Det har framkommit att en del läkare

önskar Bayers spiral Nova T 380 framför Miracons spiral Eurogine trots prisskillnaden och att de är helt likvärdiga.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

Enligt 5 kap. 6 § LOU får, om ramavtal ingåtts med flera leverantörer, tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör, som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § LOU anges att rätten, 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förarbetena till LOU, prop. 2006/07:128 s. 175, anges bl.a. följande avseende ramavtal med flera leverantörer.

Om ramavtal har ingåtts med flera leverantörer och samtliga villkor för tilldelning av enskilda kontrakt är fastlagda i avtalet, kräver direktivet inte att någon förnyad konkur-

rensutsättning sker. Tilldelningen av enskilda kontrakt skall ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet. Bestämmelser härom föreslås i 5 kap. 6 § klassiska lagen. Direktivet innehåller inga särskilda bestämmelser om vad som skall iakttas av en upphandlande myndighet vid tilldelning av enskilda kontrakt. De leverantörer som är parter i ramavtalet har emellertid ett berättigat intresse av att tilldelningen av kontrakt görs med iakttagande av de principer som styr den offentliga upphandlingen, t.ex. principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet. Även från mer allmänna utgångspunkter finns det ett intresse av att dessa principer iakttas vid tilldelningen av kontrakt. Möjligheterna att välja leverantör på grunder som inte är objektiva strider mot grundtankarna bakom regleringen av den offentliga upphandlingen och skapar osäkerhet hos leverantörerna. Regeringen delar utredningens uppfattning att det krävs, i det fall tilldelning av kontrakt görs utan att det i direktivet ställs upp krav på förnyad konkurrensutsättning, att en faktisk konkurrens mellan leverantörer utnyttjas så att beslut om tilldelning av kontrakt inte fattas godtyckligt. Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Ett krav på ramavtalets innehåll bör därför införas i den meningen att 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 objektivet sätt. Direktivet innehåller visserligen inte något sådant krav på avtalsinnehållet, men det kan, enligt regeringens mening, inte anses strida mot direktivet att på angivet sätt understryka vikten av att de grundläggande principerna för den offentliga upphandlingen respekteras. 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 skall tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll.

Utredningen i målet

Landstingen har i förfrågningsunderlaget under punkt B 10. Bedömningskriterier angett bl.a. följande.

Vid avtal med flera anbudsgivare på samma position kommer dessa att rangordnas. Avsteg från rangordning kan komma att göras utifrån den medicinska professionens bedömning i mötet med patienten.

Enligt tilldelningsbeslutet har landstingen antagit två leverantörer avseende position 1910 kopparspiral normal och rangordnat dem enligt följande:

1. Miracon AB.
2. Bayer AB.

Förvaltningsrättens bedömning

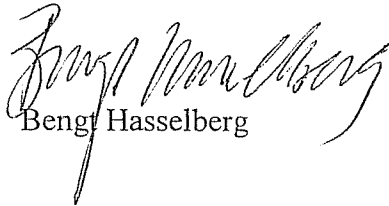
Miracon hävdar att det strider mot principerna om likabehandling, förutsebarhet samt transparens att uppställa möjlighet till avsteg från rangordning utan att närmare precisera under vilka förutsättningar detta får ske. Miracon hävdar vidare att räckvidden av möjligheten till avsteg är oklar eftersom de två företagens spiraler inte utgör olika behandlingsalternativ i sjukvårdslagens mening utan är, som landstingen vitsordat, helt likvärdiga.

Aktuell upphandling avser att tillgodose behov inom en verksamhet som regleras av Hälso- och sjukvårdslagen. Förvaltningsrätten anser därför, med stöd av ovan refererat uttalande i förarbetena till LOU, att landstingen måste ha en möjlighet att frångå fastlagd rangordning. Landstingen har i förfrågningsunderlaget angett att avsteg från rangordning kan komma att göras utifrån den medicinska professionens bedömning i mötet med patienten. Möjligheten till avsteg utgör därmed en del av ramavtalets innehåll. Förvaltningsrätten anser att Landstingen formulerat förutsättningarna för möjlighet till avsteg från rangordningen tillräckligt tydligt och inte heller gett avstegsmöjligheten en för vid omfattning utifrån det syfte som motiverar undantaget. Förfrågningsunderlaget står därmed inte i strid med principen om öppenhet eller någon annan princip enligt 1 kap. 9 § LOU.

Vad Miracon anfört om att avsteg från rangordningen inte får göras eftersom de två rangordnade leverantörernas produkter dels inte utgör olika behandlingsalternativ, dels är likvärdiga, är en fråga om inte kan prövas i nu aktuellt mål, utan som för prövas i särskild ordning när och om fråga om avsteg uppkommer.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att vad Miracon anfört inte utgör grund för att förordna om åtgärd mot aktuell upphandling i den del som avser position 1910 kopparspiral normal. Ansökningen ska därför avslås.

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


Bengt Hasselberg

/MF



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 vartill 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.