



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

BESLUT
2022-11-09
Meddelat i Linköping

Mål nr
5174-22, 6343-22,
6349-22

SÖKANDE

Med-El Nordic AB, 559073-2359

Ombud: Advokaten Per-Owe Arfwedson och bitr. juristen Linn Sydrik
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB

MOTPARTER

1. Region Östergötland, 232100-0040
2. Region Jönköpings län, 232100-0057
3. Region Kalmar län, 232100-0073

Ombud för 1-3: Advokaten Walter Sköldstam
ANNOT Advokatbyrå AB

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut från den 1 juli 2022 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Östergötland genomför för egen räkning och på uppdrag av Region Kalmar län och Region Jönköpings län upphandlingen *Cochlea-implantat, sydöstra Ö*, dnr UC-2022-36, som öppet förfarande enligt LOU. Samtliga upphandlande myndigheter benämns hädanefter som Regionen.

Med-El Nordic AB (Med-El) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att den ska göras om.

Regionen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Med-El**

Regionen har genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot öppenhets- och likabehandlingsprinciperna i 4 kap. 1 § LOU. Regionen har utformat upphandlingen och dess utvärderingsmodell på ett sätt som strider mot 16 kap. 1 § LOU, genom att Regionen inte utvärderar eller beaktar pris i samband med att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska fastslås. Detta förfarande strider mot ordalydelsen och innebörden av 16 kap. 1 § LOU, som förutsätter att pris i något avseende ska beaktas vid utvärderingen.

Upphandlingen syftar till att Regionen ska ingå ramavtal avseende hörselimplantat, s.k. Cochleaimplantat (CI). Enligt avsnitt 1.9.2 i upphandlingsdokumentet kommer avtal att tecknas med samtliga anbudsgivare som uppfyller ställda kvalificeringskrav samt vars anbud uppfyller i upphandlingsdokumentet ställda krav. Fördelningen av avrop kommer att ske genom särskild fördelningsnyckel. Anbudsgivarna ska visserligen ange sina priser för CI, men priserna ligger inte till grund för tilldelning av ramavtal. Pris kommer endast att utvärderas vid avrop, men endast i andra hand om CI anses likvärdiga. Det får konstateras att det inte sker någon utvärdering av pris enligt 16 kap. 1 § LOU när tilldelning av ramavtal sker.

Regionen har uppställt en fördelningsnyckel som inte bygger på objektiva villkor på sätt som förutsätts i 7 kap. 6 § LOU. Även om det är patientens behov och val som avgörs av läkare, måste kriterierna för tilldelningen av avrop möta transparens- och likabehandlingsprincipernas krav på klarhet, förutsägbarhet och likvärdighet. Kraven ska kunna uppfattas och tolkas på samma sätt av alla anbudsgivare och det ska vara möjligt att förstå varför ett visst avrop skett till en viss leverantör. Huvuddelen av de villkor som Regionen avser tillämpa vid avrop är inte objektiva villkor. Villkoren är till sitt innehåll

och utformning oklara och otydliga att det varken på förhand eller efter avrop går att bedöma om ett avrop skett i enlighet med villkoren. Villkoren för avrop ger Regionen full frihet att välja mellan leverantörer och det finns en klar risk att tidigare års avropsmönster upprepar sig där en leverantör erhållit i princip alla avrop.

Regionen har angett att syftet med förfarandet, att inte beakta pris/kostnad eller förhållandet mellan pris och kvalitet, beror på att det inte är möjligt att beakta pris i och med att viss utrustning kan behövas bytas ut/kompletteras och att det därför inte är möjligt att utse en huvudleverantör utifrån lägst pris. Att CI behöver bytas och kompletteras innebär naturligtvis inte att det inte är möjligt att beakta pris/kostnad eller pris/kostnad och kvalitet. Regionen kommer göra avrop av ny CI för patienter som inte tidigare har haft CI. I majoriteten av avropen kan därför pris/kostnad eller pris/kostnad och kvalitet vara avgörande för att avgöra vilket CI som bäst motsvarar patients behov och som är mest prisvärd. Även om mot förmodan, Regionen skulle anse att två CI-produkter är likvärdiga, är det oklart hur priserna i prisformuläret kommer att jämföras.

De hörselimplantat som förekommer på marknaden kan användas för att behandla alla medicinska tillstånd i samtliga patientgrupper, varför implantaten är medicinskt likvärdiga. Det är endast i en handfull fall det finns medicinska skäl att välja ett implantat framför ett annat implantat. Den verkliga anledning till fördelningsnyckelns utformning är att Regionen inte anser sig kunna hantera flera olika fabrikat.

Det föreligger inte något som helst motsatsförhållande mellan att tillämpa reglerna i hälso- och sjukvårdslagstiftningen och LOU. I varje annan upphandling av CI som genomförts i Sverige har pris beaktats vid tilldelning av ramavtal och likaså har patientens val kunnat beaktats vid avrop från sådana ramavtal. Under alla omständigheter och om det mot förmodan skulle föreligga en motstridighet mellan LOU och reglerna i hälso- och sjukvårdslagstiftningen,

utgör LOU lex specialis i förhållande till hälso- och sjukvårdslagstiftningen. LOU ska då få företräde. Det finns inget undantag i LOU som gör det möjligt att bortse från centrala upphandlingsregler för att beakta hälso- och sjukvårdslagstiftningen.

Ett ramavtal upphandlas på samma sätt som ett upphandlingskontrakt. Praxis har bekräftat att tilldelningsgrunderna i 16 kap. 1 § LOU är tillämpliga både för ramavtal och kontrakt.

Med-El ifrågasätter inte att Regionen kan använda patientens val som avropsmekanism för kontraktstilldelning. Det föreligger ingen motsättning mellan att beakta pris/kostnad när ramavtal tilldelas och att vid avrop beakta den enskildes behov/val. Det saknas därmed något bärande skäl för att utesluta pris/kostnad på det sätt som Regionen gjort i upphandlingen.

Det är visserligen korrekt att kvalitetskriterier kan vara avgörande vid tilldelning av ramavtal, men detta förutsätter att det finns ett fast pris som är fastslaget av den upphandlande myndigheten. Det bör vara ostridigt att Regionen inte tillämpat något fast pris vid tilldelningen av ramavtalet. Eftersom Regionen inte har använt sig av något fast pris/kostnad har Regionen inte någon möjlighet att använda sig av enbart kvalitetskriterier vid tilldelning av ramavtal.

Utformningen av upphandlingen har behäftats med omfattande transparensbrister vilket har gjort det omöjligt för Med-El att lämna anbud i den. Hade Regionen utformat tilldelningen av ramavtal samt avropen från ramavtalet förenligt med upphandlingsprinciperna och LOU skulle Med-El kunnat lämna anbud och haft en likvärdig chans att konkurrera om kontraktet.

Med-El har redan innan upphandlingen påtalat för Regionen att fördelningen av avrop måste vara klar och tydlig, så att det är möjligt att göra någon slags

uppskattning kring hur antalet avrop kommer fördela sig mellan de tre möjliga leverantörerna. Med-El har påtalat bristerna även under Frågor och svar i upphandlingen. Regionen har inte gett något klargörande svar eller justerat underlaget för ökad öppenhet och transparens. Med-El har därmed gjort vad som ankommer på en leverantör för att undvika att drabbas av skada (se HFD 2022 ref. 4 I och II).

Regionen

Regionen har inte brutit mot LOU. Regionen har valt en särskild fördelningsnyckel utifrån patientens behov och val, vilket är tillåtet och så långt som möjligt förutsägbart utifrån given beskrivning av fördelningsnyckeln. Något godtycke eller risk för godtycke föreligger inte. Utifrån den särskilda fördelningsnyckeln behandlas leverantörer lika. Det bästa anbudet säkerställs enligt den modell som Regionen har ställt upp i upphandlingen för varje enskilt avrop kopplat till varje enskild patient.

I målet är det fråga om antagande av ramavtalsleverantörer för senare avrop utifrån på förhand fastställda villkor, vilket regleras av 7 kap. 6 § LOU. I förarbetena till LOU anges att upphandling ska gå till på samma sätt som upphandling av ett kontrakt, men att övriga regler i LOU kopplat till använt förfarande ska användas enbart i tillämpliga delar och att vad som får förstås med detta är upp till rättstillämpningen att avgöra (se prop. 2015/16:195 s. 515). I 16 kap. 1 § LOU regleras utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt. Enligt ordalydelsen saknas reglering i paragrafen avseende antagande av ramavtalsleverantörer.

I förarbetena till LOU (se prop. 2015/16:195 s. 520) anges att ”om en fördelningsnyckel som tar hänsyn till fysiska personers val eller behov bedöms som ändamålsenlig, behöver detta inte vara sekundärt till en rangordning av leverantörerna”. Något avgörande avseende krav på att tilldela ramavtals-

leverantör enligt 16 kap 1 § LOU när ”rangordning” styrs av fysiska personers val och behov finns inte.

Syftet med tillåtligheten i sig för särskild fördelningsnyckel för fysiska personers behov och val vid just ramavtal är att det rör den typ av vara eller tjänst där leverans ska kunna ske från flera olika leverantörer och tillgodose det varierande behov och preferenser som finns. Med Med-Els synsätt kan inte en särskild fördelningsnyckel utifrån fysiska personers val och behov få fullt genomslag vid ramavtal med flera leverantörer där alla villkor är på förhand fastställda. En volymfördelning eller annan rangordning av ramavtalsleverantörer skulle i annat fall begränsa att de fysiska personernas val och behov om inte avrop kan ske från alla ramavtalsleverantörer som kvalificerat sig.

Regionernas uppfattning är att upphandlingen inte står i strid med LOU. Upphandlingen föreskriver för antagande av ramavtalsleverantörer att de ska uppfylla kvalificeringskrav samt att anbudet, offererade produkter, ska uppfylla en mängd kvalitetskrav. Pris ska också lämnas och vara bindande. Alla leverantörer som uppfyller detta har haft möjlighet att antas som ramavtalsleverantörer. Ramavtalsleverantörerna behandlas sedan lika utifrån den särskilda fördelningsnyckeln.

Regionens uppfattning är att det vid fördelningsnyckel utifrån fysiska personers val och behov inte finns något behov av att ha en annan modell för tilldelning av ramavtalet som sådant. I och med att det är ramavtal med alla villkor på förhand fastställda så tillgodoses behovet av urval av leverantörer och kontraktstilldelning enkom genom den valda fördelningsnyckeln. Något behov av att ha rangordning, eller krav på det, som är primär i förhållande vald fördelningsnyckel finns inte. Något motsatsförhållande eller saklig skillnad mellan tilldelning av ramavtalsleverantör och avrop från ramavtalsleverantör är då inte förhanden, varför 16 kap. 1 § LOU inte utgör hinder och i möjligaste

mån får anses tillgodosedd så långt som är möjligt avseende urval och tilldelning.

Av punkten 6.2.1 i upphandlingsdokumentet framgår att ett CI-team bestående av olika kompetenser samverkar vid utredning av patientens behov samt att man gemensamt kommer fram till vilket val som ska göras. Det är således inte fråga om att en enskild anställd skulle göra ett godtyckligt val eller att patienterna inte skulle få information om vad som är lämpligt för dem ur olika aspekter. Något godtycke kommer inte förekomma och har inte heller förekommit.

Det är svårt för Regionen att närmare beskriva vad som ligger i de bedömningsparametrar som satts upp, såsom exempelvis medicinsk bedömning av patientens förutsättningar och ”det kirurgiska hantverket” med avseende på ingreppets svårighetsgrad och mål. Regionen arbetar multidisciplinärt runt patient för att med patient göra en samlad bedömning vad som är det mest lämpliga för varje enskild patient utifrån de parametrar som har satts upp. Det ligger i sakens natur att komplicerade bedömningar och beslutsprocesser inte låter sig fångas. Vissa subjektiva inslag får accepteras. Lägst pris kan avgöra om bedömningen stannar vid två olika leverantörer/fabrikat varvid det då är känt vilka produkter som behövs och en jämförelse kan göras utifrån i upphandlingen offererade priser, vilket bör vara förutsägbart för en rimligt informerad och omsorgsfull anbudsgivare i branschen.

För att den upphandlande myndigheten ska kunna frånga den i ramavtalet fastställda ordningen mellan leverantörerna bör särskilda skäl föreligga med hänsyn till föremålet för upphandlingen. Mot bakgrund av den upphandlade tjänstens art samt kravet om patientens val föreligger särskilda skäl. Patientens val stöds av tvingande lagar, t.ex. 10 kap. 2 § hälso- och sjukvårdslag (2017:30), 5 kap. 2 § patientlagen (2014:821) och 6 kap. 1 § patientsäkerhetslagen (2010:659).

Sammantaget innebär den aktuella regleringen för tilldelning av kontrakt genom avrop att Regionen inte brutit mot någon av de grundläggande principerna som ska iakttas vid upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU.

Med-El har själva valt att inte delta i upphandlingen. Med-El har haft möjlighet att uppfylla kraven för sig och sitt anbud för att kunna antas som ramavtalsleverantör och eventuella brister i förhållande till 16 kap. 1 § LOU för inte med sig att bolaget anses ha riskerat att lida skada. Det väsentliga är att det är lika förutsättningar för alla och Med-El har inte visat att de skulle riskera att lida skada av modellen genom att missgynnas. Den omständigheten att Med-El ställt frågor under anbudstiden innebär inte att Med-El lidit skada eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR BESLUTET

LOU omfattar enligt 1 kap. 2 § upphandlingar som genomförs av upphandlande myndigheter. Med ”upphandling” avses sådana åtgärder som upphandlande myndigheter vidtar i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av ett kontrakt till en leverantör som valts ut av den upphandlande myndigheten (se 1 kap. 2 § LOU, artikel 1.2 i direktiv 2014/24/EU och prop. 2015/16:195 del 2 s. 933 f.)

Den närmare innebörden av begreppet ”anskaffa” framgår inte av LOU. Av skäl 4 till direktiv 2014/24/EU framgår att begreppet anskaffa bör förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna med de aktuella byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna. Vidare klargörs att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet (urval) inte bör ses som upphandling, utan som auktorisationssystem, och därför inte omfattas av direktivet.

Det följer av praxis från EU-domstolen (mål C 410/14, Falk Pharma och mål C-9/17, Tirkkonen) att skyldigheten att iaktta upphandlingslagstiftningen förutsätter att den upphandlande myndigheten anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader genom att ingå offentliga kontrakt med en eller flera leverantörer som valts ut av den upphandlande myndigheten. Ett grundläggande kriterium för begreppet "offentligt kontrakt" är att det sker ett urval av anbud, och därmed av vinnande anbudsgivare. I målet Falk Pharma var det fråga om ett auktorisationssystem, där samtliga intresserade leverantörer när som helst kunde ansöka om att få delta, och samtliga leverantörer som uppfyllde kraven fick ingå avtal med myndigheten. I målet Tirkkonen var det fråga om ett system för jordbruksrådgivning, där den upphandlande myndigheten valde ut samtliga kandidater som uppfyllde kvalifikationskraven. Systemet hade en begränsad giltighetstid, och det gick inte att ansluta sig till det under systemets löptid. Enligt EU-domstolen påverkade nyssnämnt förhållande inte bedömningen av om det förelåg något urval mellan de godtagbara leverantörerna och deras accepterade anbud. EU-domstolen konstaterade i båda målen att det faktum att de aktuella systemen innebar att den offentliga organen inte gjorde något val mellan intresserade ekonomiska leverantörer medförde att det inte skulle anses föreligga offentliga kontrakt i den mening som avses i direktivet, dvs. att det i avsaknad av den upphandlande myndighetens urval av leverantör saknades skäl att låta myndighetens agerande i denna del, dvs vid valet av tjänsteleverantörer under bestämd period, omfattas av regelverket för offentlig upphandling.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av punkten 1.9.2 i upphandlingsdokumentet framgår att avtal kommer att tecknas med samtliga anbudsgivare som uppfyller ställda kvalificeringskrav samt vars anbud uppfyller i upphandlingsdokumentet ställda krav. Den aktuella skrivningen innebär att det i förfarandet, som anges syfta till att resultera i ramavtal mellan Regionen och godtagna leverantörer, inte sker något urval mellan de anbudsgivare som uppfyller de kvalifikations- och övriga krav som Regionen uppställt. Mot

bakgrund av det som ovan angetts avseende vad ett förfarande av nämnda slag innebär enligt EU-domstolens praxis finner förvaltningsrätten att de överenskommelser som det i målet aktuella förfarandet kommer att resultera i inte utgör offentligt kontrakt i LOU:s och direktiv 2014/24/EU:s mening. Endast förfaranden som omfattar offentliga kontrakt (se 1 kap. 2 och 15 §§ LOU) i en offentlig upphandling omfattas av LOU:s reglering. Ett förfarande för val av leverantör för kommande avrop som det aktuella kan således, enligt förvaltningsrättens mening, inte prövas genom en ansökan om överprövning enligt 20 kap. 6 § LOU. – Vid en sådan utgång finns ej heller utrymme att i målet pröva huruvida senare anteciperade avrop från sagda överenskommelser kan anses omfattas av LOU och om villkoren för dessa vid ett sådant förhållande är förenliga med nämnd lagstiftning.

Då förfarandet enligt vad som ovan anförts inte avser ett offentligt kontrakt och inte heller utgör myndighetsutövning mot någon enskild kan det inte heller överklagas med tillämpning av bestämmelserna i förvaltningslagen (jfr HFD 2012 ref. 29).

Av det ovan sagda följer att det saknas förutsättningar för förvaltningsrätten att pröva ansökan och den ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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.