



Kammarrätten i Jönköping
kammarrattenijonkoping@dom.se

KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING
Avdelning 1:3

INKOM: 2021-04-19
MÅLNR: 4083-20
AKTBIL: 11

Jönköping den 19 april 2021

Nordic Med-com AB ./. **Region Jönköpings län**

Mål nr 4083-20

Vi har för Region Jönköpings läns ("Regionen") räkning förelagts att yttra oss över Nordic Med-com AB:s ("Medcom") överklagande, aktbilaga 1, och får med anledning av detta framföra följande..

1. Inställning

Regionen motsätter sig ändring av Förvaltningsrättens dom. Som Förvaltningsrätten har konstaterat är de ställda kraven i upphandlingen av dialysbehandling ("Upphandlingen") förenliga med såväl transparens- och likabehandlings- som proportionalitetsprincipen. Eftersom bolagets anbud inte har uppfyllt alla ställda krav har det varit rätt och nödvändigt av Regionen att förkasta anbudet.

Medcom har inte heller uppfyllt det obligatoriska kravet i punkt 2.1.9 och anbudet måste förkastas även på denna enskilda grund. Denna bristande kravuppfyllelse har under alla förhållanden inte något med de invändningar mot transparens, likabehandling och proportionalitet som Medcom har framfört. Medcom har därför inte lidit någon skada om utformningen av Upphandlingen har haft brister i förhållande till andra ställda krav, vilket i och för sig bestrids.

Wesslau Söderqvist Advokatbyrå i Jönköping HB

Vaggerydsgatan 1, Box 684, 551 19 Jönköping, Sweden, Tel +46(0)36-35 12 00

Org.nr 969640-0523, jonkoping@wsa.se, www.wsa.se

2. Grunder och omständigheter

2.1 Medcoms anbud uppfyller inte kravet på värmedesinfektion i punkt 2.1.9

Regionen vidhåller vad som framförts i Förvaltningsrätten avseende bristerna i Medcoms utrustning. Av punkt 2.1.9 i underlaget i Upphandlingen ("Upphandlingsdokumenten") framgår att:

"Offererad utrustning ska kunna programmeras för automatisk start av värmedesinfektionsprogram för integrerad värmedesinfektion. Tid för senast utförd värmedesinfektion ska kunna avläsas på utrustningen."

I punkt 2.1.1. i Upphandlingsdokumenten anges vidare att

"Samtliga obligatoriska krav ska vara uppfyllda vid sista anbudsdag.

Att den offererade produkten ska ha automatiska, integrerade värmedesinfektioner utgör således ett obligatoriskt krav som måste vara uppfyllt vid sista anbudsdag. Ett anbud som inte klarar detta krav måste förkastas.

Under utvärderingsperioden kunde Regionen konstatera att värmedesinfektionsprogrammet på Medcoms offererade utrustning inte fungerade. Att värmedesinfektioner inte utförts och loggats, trots att utrustningen var programmerad för detta, noterades av en tillfällighet av erfaren personal på Dialysenheten vid Värnamo sjukhus, när Regionen förvarade utrustningen i väntan på transport. De brister som har upptäckts inträffade när utrustningen kördes på nätverksdrift. Efter upptäckten utredde Regionen givetvis det som inträffat och kunde konstatera att det inte varit en tillfällighet att den automatiska värmedesinfektionen inte utförts och att det inte heller berodde på handhavandefel. Det verifierades även av tekniskt ansvarige på Medcom, som informerade om en bugg i systemet medför att den aktuella funktionen kan störas ut.

Medcom har således offererat en produkt där den efterfrågade funktionen inte fungerar. Det får stora konsekvenser för Regionen eftersom utebliven värmedesinfektion innebär risk för att maskinen inte är ren inför dialys och att åtgärder måste vidtas för att säkerställa att det inte



finns exempelvis bakteriepåväxt, som givetvis inte får förekomma med hänsyn till patientsäkerhet. Sådana åtgärder skulle i sin tur medföra påtagliga förseningar i ett redan pressat dialysschema.

Regionen har således ställt ett relevant och viktigt obligatoriskt krav på automatisk, integrerad värmedesinfektion. Det måste vara ostridigt att det inte är tillräckligt att den offererade produkten teoretiskt har den efterfrågade funktionen utan att funktionen också måste fungera tillfredsställande. Vad Medcom framför avseende att den offererade produkten visserligen kan programmeras saknar betydelse när Regionen har kunnat konstatera att den produkt som Medcom har lämnat för provtagning inte har genomfört den efterfrågade (och för Regionen nödvändiga) värmedesinfektionen och detta inte beror på en tillfällighet.

Avsaknaden av automatisk, integrerad värmedesinfektion för den produkt som Medcom själv har anvisat Regionen för att visa kravuppfyllelse är en avvikelse från det ställda kravet som Regionen inte kan bortse från. Regionen har en skyldighet att följa upp och kontrollera kravuppfyllelse, oavsett när det finns misstanke om brister. Övriga leverantörers inlämnade produkter har inte visat tecken på några brister och det har därför inte funnits anledning att ytterligare utreda dessa anbud. Regionen har därmed inte åsidosatt likabehandlingsprincipen i detta avseende. Tvärtom skulle det vara ett åsidosättande att inte utreda och hantera den upptäckta bristen i Medcoms anbud, oavsett när den har upptäckts.

2.1.1 Bevisbördan

Medcom har påstått att Förvaltningsrätten felaktigt lagt bevisbördan på Medcom. Medcom måste då ha förbisett att det är anbudsgivaren som har skyldighet att visa kravuppfyllelse. Regionen har under anbudsutvärderingen upptäckt att den produkt som Medcom har lämnat för test för att visa kravuppfyllelse, faktiskt inte uppfyller kravet och att detta inte beror på en tillfällighet. Medcom har, till bemötande av detta, påstått att bristerna i produkten beror på ett handhavandefel. Det är således uppenbart, såväl utifrån upphandlingsrättsliga principer om att anbudsgivare ska bevisa kravuppfyllelse, som utifrån vedertagna processrättsliga principer om att den som påstår en omständighet också har bevisbördan för detta, att det är Medcom som

har ansvaret för att bevisa att bristerna i Medcoms offererade produkt skulle bero på ett handhavandefel. Detta har Medcom inte lyckats med, vilket med tanke på Medcoms argumentation i denna del förefaller otvistigt. Att Medcom är en etablerad aktör på marknaden förändrar inte att Medcom inte har visat kravuppfyllelse i Upphandlingen. Inte heller de intyg som Medcom har bifogat överklagandet visar att bristerna i Medcoms offererade anbud skulle bero på handhavandefel

2.2 Påstående om brister i kraven i punkt 2.4.2 samt 2.4.4-2.4.5

2.2.1 Påstående om brott mot transparensprincipen

Regionen vidhåller att kraven i punkt 2.4.2 och 2.4.4 - 2.4.5 inte bryter mot transparensprincipen. Medcoms påstående om att det inte skulle finnas någon information om vad som ska tillmätas betydelse i bedömningen av kraven eller vad som krävs för att få en viss poäng är direkt felaktigt. De ställda kraven utgör funktionskrav, vilket innebär att man beskriver vad som ska uppnås istället för, som vid detaljkrav, hur något ska uppnås. Som Regionen har redovisat under handläggningen i Förvaltningsrätten är det i respektive punkt 2.4.2 – 2.4.6 i Kravspecifikationen tydligt specificerat vilka olika delar/moment som kommer att kontrolleras för varje krav och uppgifter om vilka mål och funktioner som ska uppnås, såsom " *Det ska vara enkelt och användarvänligt att klä och prima dialysutrustningen*" (Användarvänlighet), "*Dialysutrustningens användarmeny ska vara välstrukturerad och lättförståelig*" (Funktion), "*Handhavandet vid provtagning på dialysvätskan ska vara enkelt*" (Hygien) och "*FU-protokoll, FU-anvisningar och servicemanual ska vara lättförståeliga*" (Service och förebyggande underhåll). Det är vedertagna sätt att uttrycka funktionskrav på.

De ställda kraven har ytterligare utvecklats i Testprotokollet, som varit en del av Upphandlingsdokumenten och därmed känt för anbudsgivarna. Testprotokollet ger, som Förvaltningsrätten också har konstaterat, tillsammans med de frågeställningar som varit kända för anbudsgivarna, ytterligare vägledning om vad som efterfrågas. Av testprotokollet framgår inte bara vilka moment och frågeställningar som referenspersonerna ska bedöma inom varje funktion utan också den poängsättning som ska tillämpas. Betygsättningen har skett utifrån en



Likertskala, som är en väl etablerad betygsskala, där bedömarna ska uppge hur mycket de instämmer eller inte instämmer med ett påstående. Utformningen av kraven och bedömningsmodellen, inklusive bedömningen av skalan, är framtagen av sakkunniga och bygger på vetenskapliga metoder.

För att uppfylla respektive efterfrågade krav ska utrustningen uppnå ett visst betyg på Likertskalan. Vilket betyg som krävs framgår under respektive punkt 2.4.2 och 2.4.4 - 2.4.5. Dessutom ska en viss total poäng uppnås för respektive bedömningsområde, vilket även det kan utläsas av de aktuella punkterna. Det har därför varit klart vilken nivå som har krävts för att respektive funktionskrav ska vara uppnått.

Det har också varit tydligt att bedömningen ska ske genom en referensgrupp bestående av verksamhetsföreträdare samt att användarvänlighet (ergonomi) dessutom ska bedömas av två ergonomer från Regionens Arbetsmiljöenhet, AME. Det framgår också av punkt 2.4.1 i Kravspecifikationen att de verksamhetsföreträdare som ska bedöma anbuderna har god kunskap inom, och relevant erfarenhet av, dialysvård samt att AME kommer att vara behjälplig under processen. Det framgår också att minst tolv försökspersoner har testat offererade produkter och tjänster utifrån användarnas och patienternas perspektiv och att försökspersonerna inte har kunnat påverka varandra eftersom AME har assisterat och övervakat testerna. Försökspersonerna har inte känt till hur de enskilda frågorna var viktade för att få renodlade svar för varje fråga.

Vad Medcom förbiser i sin argumentation är att de ställda kraven utgör funktionskrav. I punkt 2.3.2.4 i Medcoms överklagande bekräftar bolaget att det är tydligt vad som efterfrågas, vilket är grunden just för funktionskrav. Hur utrustningen ska vara utformad för att uppfylla det angivna behovet är, i ett funktionsupplägg, upp till anbudsgivarna. Genom att anbudsgivarna har känt till vilka funktioner som efterfrågas, vilka frågor som referensgruppen har haft att ta ställning till och poängskalan för referensgruppen bedömning är det svårt att förstå Medcoms invändning om att det har varit omöjligt att förutse vad som krävs för att uppfylla kraven. Kraven är inte utformade så att Regionen har kunnat välja den utrustning man "gillar bäst". Det har inte ens handlat om att rangordna anbuderna, utan om att kontrollera kravuppfyllelse för varje enskilt

anbud. Exempelvis har Regionen, under kriteriet Användarvänlighet, efterfrågat en funktion som innebär att dialysutrustningen ska vara enkel och lätt att förflytta. Referensgruppen har för denna funktion haft att ta ställning till frågan om dialysmaskinen är lätt att förflytta, i betydelsen "rullar lätt", "bra handtag". Poängsättningen har fördelats från Mycket tungt (1 poäng) till Mycket lätt (6 poäng). För att vara godkänd måste medelmedianvärdet vara minst 3. På motsvarande sätt har samtliga efterfrågade funktioner hanterats i Upphandlingen.

Regionens kravspecifikation och genomförande av bedömningen av kravuppfyllelse uppfyller således väl de upphandlingsrättsliga krav som ställs avseende förutsägbarhet och tydlighet. Det kan i detta sammanhang dock också påtalas att ett visst mått av subjektiv bedömning är ofrånkomligt vid krav som innehåller så kallade mjuka parametrar, jmf exempelvis Kamrarrätten i Sundsvall dom den 16 april 2019, mål nr 3034-18. Vad Medcom framför avseende att sådana mjuka kriterier inte skulle vara förenliga med transparensprincipen är därmed inte korrekt.

2.2.2 Påstående om brott mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen

Regionen vidhåller att samtliga leverantörer har deltagit på lika villkor och med samma möjligheter till kravuppfyllelse, utan otillbörliga konkurrensfördelar. Det förtjänar dock att påpekas att likabehandlingsprincipen inte innebär att leverantörerna i alla avseenden ska vara helt jämställda vid en upphandling genomförande. Likabehandlingsprincipen innebär rätteligen att alla anbudsgivare ska få del av samma information, och att samtliga krav i en upphandling ska tillämpas på samma sätt i förhållande till samtliga anbudsgivare men inte någon skyldighet att anpassa kraven till anbudsgivarnas individuella förutsättningar att lämna anbud i upphandlingen. Likabehandlingsprincipen innebär således inte någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att neutralisera eventuella fördelar som befintlig leverantör kan ha i förhållande till övriga leverantörer.

Det ska dock påpekas att kraven i Upphandlingen, inte minst eftersom de är utformade som funktionskrav som ger leverantörerna ökade möjligheter till alternativa lösningar, de facto inte innebär några fördelar för befintliga leverantörer. Det visas inte minst genom att inte heller



Baxter Medical AB, som är Regionens nuvarande leverantör, har uppfyllt de aktuella kraven. Att Fresenius, som nu har tilldelats det aktuella kontraktet, skulle vara Regionens nuvarande huvudleverantör är inte heller korrekt. Baxter Medical AB är nuvarande leverantör till sjukhusen i Jönköping och Värnamo, där huvuddelen av behandlingarna genomförs.

Det finns inte heller någon grund för Medcoms påstående om att anbudsgivarnas utrustning skulle ha bedömts i förhållanden till varandra. Som framgått har tvärtom testerna genomförts oberoende av varandra utifrån objektiva förutsättningar i kravspecifikationen och testprotokollet, och utan att testpersonerna har haft någon kunskap om hur betygsättningen har kunnat påverka resultatet i Upphandlingen.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad som ska upphandlas och hur behovet lämpligen uppfylls. Det saknas anledning att ifrågasätta Regionens bedömning att det har varit lämpligt att använda krav utifrån funktioner i Upphandlingen. Uppställda krav behöver inte vara särpräglade eller unika för att funktionskrav ska kunna tillämpas. Regionen motsätter sig därför Medcoms påstående om att kraven skulle ha kunnat utformas på ett mer mätbart och objektivt sätt utifrån tekniska specifikationer och hänvisar i denna del också till vad Regionen har framfört avseende kravens proportionalitet i Förvaltningsrätten.

3. Sammanfattning och Medcoms skada

A punkt 2.4 i Kravspecifikationen, tillsammans med uppgifterna i testprotokollet, framgår vad som ska uppnås samt vad som kommer att tillmätas betydelse vid bedömningen. Det har därmed varit tydligt och förutsägbart för anbudsgivarna hur bedömningen av anbuderna har gått till och vilka specifika egenskaper/situationer som har tillmätts betydelse. Utformningen och innehållet utgör funktionskrav och uppfyller vad som krävs för att kraven ska vara tydliga och förutsägbara för en normalt ansvarsfull anbudsgivare. Kraven är också relevanta och behovet hade inte kunnat uppnås på ett mindre ingripande sätt. Tvärtom innebär användningen av funktionskrav att upphandlingsföremålet inte är låst till vissa faktorer på samma sätt som blir följden av användande av detaljkrav. Samtliga anbudsgivare har behandlats utifrån samma förutsättningar och anbuderna har inte jämförts med varandra. Det finns därmed inte skäl att

göra om Upphandlingen och inte heller på annan grund någon anledning till ingripande mot Upphandlingen med stöd av LOU.

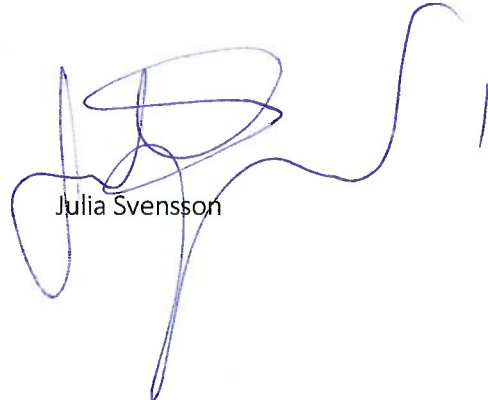
Medcom har lämnat ett anbud som inte uppfyller kraven under punkt 2.4. Som Förvaltningsrätten har konstaterat beror inte det på brister i utformningen av funktionskraven. Regionen har därmed agerat i enlighet med LOU när anbudet förkastats.

Medcoms offererade produkt uppfyller inte heller kravet i punkt 2.1.9 avseende automatisk start av värmedesinfektion. Även om det skulle finnas brister i utformningen av funktionskraven i punkt 2.4, vilket i och för sig bestrids, så finns det inget samband med kravet i punkt 2.1.9. Medcoms anbud ska därför förkastas redan på denna grund och bolaget är därmed inte lidit skada av eventuella brister i utformningen av funktionskraven i punkt 2.4.

Det saknas därför grund för ingripande, varför Medcoms överklagande ska avslås.

Jönköping som ovan

Björn Lind


Julia Svensson