



KLAGANDE

Cuviva AB, 559092-8429

Ombud: Advokat Gabriella Fossum och biträdande jurist Louise Ragnar

MOTPARTER

1. Region Jämtland Härjedalen

2. ImagineCare AB, 559081-8356

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands beslut den 22 september 2023 i mål nr 3122-23, se bilaga A

SAKEN

Interimistiskt beslut i mål om överprövning av avtals giltighet

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens beslut och bestämmer att avtalet mellan Region Jämtland Härjedalen och ImagineCare AB, undertecknat den 9 juni 2023, inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

YRKANDEN M.M.

Cuviva AB yrkar att avtalet som ingicks den 9 juni 2023 mellan regionen och ImagineCare AB inte får fullgöras fram till dess att något annat bestäms. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande.

Det bör i vart fall framstå som övervägande sannolikt att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning kommer att besluta att avtalet ska ogiltigförklaras. Regionen har, trots vad som förts fram i ansökan om överprövning, inte klargjort varför det inte skulle vara fråga om en otillåten direktupphandling. Utifrån antalet ansluta användare i juli 2023 uppgick avtalets värde då till knappt 2 000 000 kr och utifrån det antalet som därefter anslutit sig är avtalets faktiska värde numera minst 5 976 000 kr. Att täcka ett behov under den tid som en kommande upphandling arbetas fram är inte självständig grund för direktupphandling.

Det befintliga avtalet löpte ut i slutet på oktober 2023 och det har funnits gott om tid att förbereda en konkurrensutsättning. Regionen övervägde redan under 2021 om ett nytt system behövde upphandlas och hade i januari 2023 bestämt sig för att göra den direktupphandling som ledde till det aktuella avtalet.

Det vidhålls att ImagineCare AB:s tjänst inte uppfyller tillämpliga produktsäkerhetskrav och därmed inte är patientsäker. Några omständigheter som talar för att det skulle vara en felaktig bedömning har inte redovisats. Antalet berörda patienter är ännu begränsat och avtalet syftar snarare till att öka antalet patienter som nyttjar möjligheten till egenmonitorering än att tillgodose behovet hos de redan ansluta patienterna. Det är därmed inte fråga om en kritisk tjänst för liv och hälsa. Det saknas konkreta uppgifter som visar att patienter utan möjligheten till egenmonitorering inte skulle få den vård de behöver genom regionens försorg.

Regionen kan avropa Cuviva AB:s tjänst genom ett konkurrensutsatt ramavtal som ingåtts med Philips AB. Den tjänsten uppfyller samtliga krav som regionen ställt i det nu aktuella avtalet. Ramavtalet är benämnt "Patientövervakning" och det framgår inte att det endast skulle omfatta teknisk utrustning på sjukhus. Det omfattar vidare både produkter och tjänster. Dessa framgår av en bilagd artikelspecifikation där bl.a. Cuviva AB:s tjänst anges. På grund av det stora antalet produkter och tjänster som ingår i ramavtalet har Philips AB vid anbudsgivningen inte haft skäl att räkna med att Cuviva AB:s tjänst skulle komma att avropas och därmed att ange bolaget som underleverantör. Ramavtalet innefattar en rätt för Philips AB att med regionens godkännande anlita underleverantörer. Det finns således ett lagenligt alternativ för att tillgodose behovet fram till dess att regionen genomfört en ny upphandling av tjänster för egenmonitorering. I avtalet mellan regionen och ImagineCare AB framgår vidare att ImagineCare AB, vid ett eventuellt leverantörsbyte, är skyldigt att medverka till att uppdraget kan övergå till efterträdande utförare med minsta möjliga olägenhet för inblandade parter. Mer specifikt framgår att övergången ska kunna ske utan avbrott eller brister i uppdraget.

Regionen anser att överklagandet ska avslås och anför i huvudsak följande.

Avtalet kommer inte ur en otillåten direktupphandling. En riktad direktupphandling genomfördes i syfte att säkerställa att egenmonitorering kan fortgå under tiden som en upphandling över tröskelvärdet genomförs. Den aktuella upphandlingen ryms inom de tillämpliga gränsvärdena.

Om det direktupphandlade avtalet inte skulle få användas blir den direkta konsekvensen att patienter som är ansluta till tjänsten kommer att drabbas av ett avbrott. Genom egenmonitorering kan sjukvården upptäcka avvikande resultat och snabbt sätta in åtgärder. Inom regionen finns ofta långa avstånd mellan patienterna och vårdinrättningar. Tjänsten fyller därmed ett viktigt syfte och bidrar till att inge trygghet. Ett avbrott i tjänsten skulle öka

belastningen på vården. Regionen har aldrig påstått att patienter inte skulle ges den vård de har rätt till om tjänsten med egenmonitorering inte skulle tillåtas fortsätta användas.

Ramavtalet som ingåtts med Philips AB är inte tillämpligt i detta fall. Ramavtalet omfattar teknisk utrustning för patientövervakning av patienter på Östersunds sjukhus olika avdelningar. Även om det avtalet skulle anses omfatta tjänster är det inte tillämpligt. Detta eftersom avtalet endast omfattar teknisk utrustning på sjukhus, och inte den tekniska utrustning som utgör stöd för tjänsten egenmonitorering. Philips AB har även meddelat regionen att de i sitt antagna anbud inte har några underleverantörer. Att Philips AB i sitt anbud skickade med överskottsinformation lämnades utan åtgärd i upphandlingen av ramavtalet. Tjänsten från Cuviva AB ingår därmed inte i det som upphandlats genom ramavtalet. Säljchef och ansvarig säljare hos Philips AB har intygat att ramavtalet omfattar produkter avsedda att kunna täcka regionens behov av patientövervakningsutrustning i sjukhusmiljö och att utrustning för hemmiljö inte har efterfrågats.

ImagineCare AB anser att överklagandet ska avslås och anför i huvudsak följande.

Direktupphandlingen har genomförts i syfte att behålla kontinuitet i vården gentemot berörda patienter. Det är en tillfällig lösning som varit motiverad i väntan på att regionen för en ny upphandling.

Egenmonitorering fyller en viktig roll för ett stort antal patienter och för att minska antalet patientresor till sjukhus och hälsocentraler. Om det aktuella avtalet inte fick tillämpas skulle det vara skadligt för många patienter och för den nödvändiga omställning av vården som pågår inom regionen. Att regionen skulle ha tillgång till Cuviva AB:s tjänst för egenmonitorering genom ramavtalet med Philips AB är felaktigt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

Frågan i målet är om det finns skäl för att besluta att det avtal som ingåtts mellan regionen och ImagineCare AB efter direktupphandling tills vidare inte får fullgöras.

Vid överprövning av ett avtals giltighet kan det enligt förarbetena finnas anledning för rätten att överväga behovet av ett interimistiskt beslut om att avtalet inte får fullgöras innan något annat har beslutats om t.ex. ett avtal är på väg att fullgöras och den klagande leverantörens möjlighet att konkurrera om avtalet vid en korrekt utförd upphandling kan gå förlorad. Vid bedömningen om det finns behov av ett sådant beslut måste dock rätten även väga in att ett beslut kan medföra betydande praktiska och ekonomiska svårigheter för avtalsparterna. (Se prop. 2009/10:180 s. 351 f.)

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2014 ref. 14 uttalat att situationer som den nu aktuella föranleder de slags överväganden som ska göras i fråga om beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). För sådana beslut har det etablerats en praxis av innebörd att domstolen bl.a. har att göra en sannolikhetsbedömning av det möjliga utfallet av den slutliga prövningen och beakta vilken betydelse det har för enskilda och allmänna intressen att verkställigheten av ett beslut skjuts upp.

Kammarrättens bedömning

Utifrån vad som hittills kommit fram i målet bedömer kammarrätten att avtalet med en hög grad av sannolikhet tillkommit genom en otillåten direktupphandling och vid den slutliga prövningen kommer att förklaras ogiltigt.

Vid den intresseavvägning som ska göras vid bedömningen av om det ska fattas ett interimistiskt beslut måste beaktas vad som förts fram om regionens och brukarnas intresse av att egenmonitorering kan erbjudas under tiden som förvaltningsrätten prövar bolagets ansökan om överprövning. I denna del har parterna olika uppfattningar i fråga om regionens möjligheter att tillgodose sina behov genom att avropa den tjänst för egenmonitorering som erbjuds av Cuviva AB från ett befintligt ramavtal. Kammarrätten kan konstatera att det av ramavtalets ordalydelse inte framgår att möjligheterna till avrop av de varor och tjänster som omfattas av avtalet, däribland den aktuella tjänsten från Cuviva AB, skulle vara begränsade till att endast avse sådana som ska användas i sjukhusmiljö. Vad regionen anfört om avsikten med upphandlingen av ramavtalet ger inte heller stöd för att regionen skulle sakna möjlighet att avropa tjänsten från Cuviva AB genom ramavtalet. Vid denna bedömning kan konstateras att Cuviva AB, som alternativ leverantör genom ramavtalet, skulle lida skada om avtalet fullgörs medan det inte framkommit att regionen eller brukarna av aktuell tjänst skulle lida betydande olägenheter. Regionen har vidare uppgett att ett eventuellt avbrott i erbjudandet av egenmonitorering inte skulle innebära att de anslutna patienterna inte skulle ges den vård de har rätt till. Vidare har varken regionen eller ImagineCare AB invänt mot att den tjänst som avtalet avser inte uppfyller tillämpliga produktsäkerhetskrav. I sammanhanget är också av betydelse att prissättningen som innefattar en månatlig abonnemangskostnad innebär att ett ogiltigförklarande vid en senare tidpunkt i praktiken endast får effekt framåt i tiden.

Vid en sammantagen bedömning anser kammarrätten att det finns skäl för att besluta att avtalet inte får fullgöras innan något annat har bestämts. Överklagandet ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Anders Odmark
kammarrättsråd
ordförande

Eva Danell Forsberg
kammarrättsråd

Malte Back
tf. kammarrättsassessor
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

BESLUT
2023-09-22
Meddelat i
Härnösand

Mål nr
3122-23

SÖKANDE

Cuviva AB, 559092-8429

Ombud: Advokat Gabriella Fossum Gunnarsson och biträdande jurist Louise Ragnar

MOTPART

Region Jämtland Härjedalen

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU); nu fråga om interimistiskt beslut

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Cuviva AB:s interimistiska yrkande.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Jämtland Härjedalen (Regionen) har den 9 juni 2023 ingått ett avtal med ImagineCare AB, 559081-8356 (ImagineCare) benämnt ”Digitalt egenvårdsstöd/hemmonitorering” för perioden den 21 oktober 2023 till den 20 oktober 2024 (Avtalet).

Cuviva AB (Cuviva) ansöker om överprövning av Avtalets giltighet och yrkar bl.a. interimistiskt att Avtalet inte får fullgöras fram till dess att förvaltningsrätten bestämmer något annat. Cuviva anför i huvudsak följande. Utan Avtalet har Regionen att genomföra en konkurrensutsättning och Cuviva ges då möjlighet att kunna konkurrera om att få kontraktet. Om Avtalet får fullgöras fram till dess att målet slutligen avgörs kommer Cuviva däremot att gå miste om det värde som Avtalet representerar både sett till intäkter och erfarenhet. Det bör vidare noteras att Avtalet inte ens börjat gälla vid tidpunkten för denna ansökan, dvs. ett interimistiskt beslut innebär endast att Avtalet inte får börja tillämpas snarare än att det avbryter ett pågående avtalsåtagande.

Det bör i sammanhanget också beaktas att ImagineCare – utöver att ha fått utveckla den aktuella vårdmodellen tillsammans med Regionen – även har fått leverera upphandlingsföremålet till Regionen utan avbrott sedan april 2018. Att Regionen också fortsatt implementerar och lär sig att använda denna enbart genom nyttjandet av ImagineCares specifika produkt ökar därmed risken för att den kommande upphandlingen anpassas utifrån ImagineCares plattform och förutsättningar, vilket vore till Cuvivas uppenbara nackdel.

ImagineCare har dessutom, genom Avtalet, släppt ut en medicinteknisk produkt i strid med det tillämpliga produktsäkerhetsregelverket MDR. Detta innebär att plattformen i fråga fortsatt inte får släppas ut, tas i bruk eller tillhandahållas på den europeiska marknaden och att leveransen enligt Avtalet följaktligen är att betrakta som en patientsäkerhetsrisk. Även dessa förhållanden talar

starkt för att det inte är förknippat med någon olägenhet för Regionen om förvaltningsrätten beslutar att Avtalet inte får fullgöras till dess att något annat bestäms. Det bör trots allt inte ses som en olägenhet – utan snarare en fördel – för berörda patienter att frågan om plattformens förenlighet med MDR kan utredas närmare under den period då Avtalet inte får tillämpas, särskilt när Regionens målsättning annars är att ansluta ännu fler patienter till plattformen.

Genom denna ansökan bör det stå klart att förvaltningsrätten kommer att besluta att Avtalet ska ogiltigförklaras. I vart fall bör detta framstå som övervägande sannolikt. Den skada eller olägenhet som ett interimistiskt beslut skulle kunna medföra är inte större än den skada som skulle kunna drabba Cuviva om Avtalet fortsatt får fullgöras under målets handläggning och i avvaktan på att förvaltningsrättens avgörande vinner laga kraft. Förutsättningarna för att fatta ett interimistiskt beslut är därmed uppfyllda.

Regionen anser att Cuvivas interimistiska yrkande ska avslås, och anför i huvudsak följande. Regionen delar inte uppfattningen att det aktuella avtalet kommer ur en otillåten direktupphandling. Regionen genomförde en riktad direktupphandling av tjänsten i syfte att säkerställa att egenmonitoreringen av patienter kan fortgå under tiden som en upphandling över tröskelvärdet genomförs. Denna upphandling har påbörjats sedan en tid tillbaka. Regionen anser att den i målet aktuella direktupphandlingen ryms inom de tillämpliga gränsvärdena. Därmed är det inte nödvändigtvis sannolikt att prövningen kommer falla ut till Cuvivas fördel.

Regionen har under den tid som tjänsten utförts inte fått några indikationer på att den risk för patientsäkerheten som Cuviva beskriver skulle föreligga.

Det är korrekt att det aktuella avtalet ännu inte börjat gälla. Cuviva anför däremot att det, om avtalet tillåts börja gälla, lider skada genom att det inte får vara med och konkurrera om avtalet. Avtalet börjar gälla den 21 oktober 2023, det

vill säga i direkt närtid. Det finns inte tid eller möjlighet att göra en konkurrensutsättning med så kort varsel, utan den direkta konsekvensen av ett interimistiskt beslut blir i så fall att de patienter som är anslutna till tjänsten kommer drabbas av ett avbrott i tjänsten. Detta avbrott kommer i så fall pågå tills dess att den pågående upphandlingen är färdigställd, då en tjänst av detta slag kräver ett omfattande arbete för att upphandla. Den aktuella tjänsten rör egenmonitorering av olika slag, alltså övervakning från hemmet av patienters olika hälsotillstånd, där sjukvården kan upptäcka avvikande resultat och då sätta in åtgärder snabbt. Regionen präglas av en stor del lands- och glesbygd och därmed ofta långa avstånd mellan boende och vårdinrättningar. Tjänsten fyller därmed ett viktigt syfte och en uppenbar risk med ett avbrott i tjänsten är att patienter kommer att kontrolleras mer sällan då de inte kan eller vill åka till sjukhus eller hälsocentral. Detta kan få allvarliga följder. Även utöver den uppenbara risken finns ett allmänintresse då ett avbrott kommer öka belastningen på vården, och ett stort användarintresse i att denna tjänst får fortsätta tillhandahållas utan avbrott.

Sammanfattningsvis kan konstateras att oavsett ett interimistiskt beslut eller inte så kommer Cuviva vara i en i allt väsentligt lika situation och lider därmed inte skada av att avtalet tillåts påbörjas. Konsekvenserna för Regionen och tjänstens användare vid ett interimistiskt beslut skulle däremot bli stora och potentiellt allvarliga. Den aktuella frågan kan därmed inte leda till någon annan slutsats än att Cuvivas interimistiska yrkande ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 20 kap. 16 § LOU får rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts. Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören. Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Vid en sammanvägning av de olika intressen som ska beaktas samt mot bakgrund av vad som hittills framkommit i målet, bedömer förvaltningsrätten att den skada och de olägenheter som beslutet medför för Cuviva inte kan bedömas vara större än skadan för Regionen om Avtalet inte får fullgöras fram till dess att förvaltningsrätten bestämmer något annat. Cuvivas intermistiska yrkande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Per-Olov Larsson
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Erik Westerlind.



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 rättstillämpningen.
- 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.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter:

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.