

Ref.nr 2018/02

En anmälan om överträdelse av Swedish Medtechs affärskod har inkommit och behandlats i Swedish Medtechs egenåtgärdssystem. Swedish Medtechs styrelse har efter granskningsnämndens rekommendation valt att lämna ärendet utan åtgärd.

Beslutet i korthet

Det står inte i strid med Swedish Medtechs affärskod ("Affärskoden") att föra en saklig talan i en överprövningsprocess där en leverantör begär att en domstol ska ingripa avseende en upphandlande myndighets tilldelning av ett kontrakt. Det innebär att man har rätt att föra fram den bevisning man anser relevant till styrkande av grunderna för sina yrkanden. Detta konstateras av Granskningsnämnden vara förenligt med principen om fri bevisprövning och Affärskodens syfte att främja sunda affärer och en öppen konkurrens.

Bakgrund till anmälan

En anmälan har inkommit till Swedish Medtech gällande överträdelse av Affärskoden.

Två medlemsföretag (X och Y) lämnade anbud i en upphandling. I tilldelningsbeslut meddelades att Upphandlande myndighet avsåg att teckna avtal med medlem X. X tilldelades kontraktet för produkten.

Efter att tilldelningsbeslut meddelats ansökte anbudsgivaren Y om överprövning av Upphandlingen till Förvaltningsrätten.

Medlem X har därpå anmält företag Y till Swedish Medtechs granskningsnämnd.

Medlemsföretag X har i huvudsak anfört följande

- Anmälan till Granskningsnämnden är inte föranledd av att X ansökte om överprövning av en upphandling utan anmälan tar sikte på de metoder och argument som Y har använt för att på ett systematiskt och oetiskt sätt, inför såväl upphandlande myndighet som förvaltningsrätt, misskreditera X:s produkt utan att det har varit vare sig nödvändigt, relevant eller korrekt.

- Affärskodens syfte är enligt Affärskodens punkt 2 att ”skapa en gemensam grund för god affärsetik för medlemsföretagen i syfte att behålla en hög etisk standard och en hög integritet i den medicintekniska branschen”. Detta menar X måste beaktas även vid processföring i offentlig upphandling. Enligt X har Y inte iakttagit dessa hänsyn i den aktuella upphandlingen trots att bolagets intressen hade kunnat iakttagas utan överträdelse av Affärskoden.
- I överprövningen av Upphandlingen har Y framfört att ett landsting skulle anse att det föreligger problem med X:s produkter genom att hänvisa till e-postkorrespondens mellan vårdpersonal inom Landstinget. Anmälaren menar att Y baserar sitt påstående på en uppgift från en sköterska samt ett fåtal mejl mellan sjukvårdspersonal inom landstinget. Enligt anmälaren har de som skrivit e-posten inte varit medvetna eller godkända att e-postkorrespondensen används som bevismaterial i Upphandlingen. Påståenden i e-posten har framförts som en allmän vedertagen uppfattning inom Landstinget, trots att det inte alls varit förankrat eller haft något stöd hos Landstinget. Detta medför en uppenbar risk för att hälso- och sjukvårdens och dess personals förtroende för branschen skadas, menar X. X gör gällande att Y har agerat i strid med affärskoden och principen om samverkan enligt vilken ett medlemsföretag är skyldigt att i varje avseende agera för att upprätthålla ett väl fungerande samarbete och att inte riskera branschens goda anseende bland vårdheterna och vårdens personal. Att utgå sig för att ha kritik från en region och förmedla den till en annan, utan att kontrollera om det är korrekta uppgifter eller att Y har något uppdrag att göra detta står, enligt X, i direkt strid med principen om samverkan och upprätthållande av branschens goda anseende. Det juridiska och i vart fall etiska med att dessutom använda intern e-post utan att detta förankrats med avsändaren, menar man, måste ifrågasättas och utgör en självklar risk för negativa reaktioner från vårdpersonalen.
- Y har i överprövningsprocessen åberopat genomförda tester av produkterna. Testerna har genomförts av ett oberoende forskningsinstitut där man låtit testa olika egenskaper hos de båda medlemmarnas offererade produkter. Vid en offentlig upphandling är det endast de uppgifter som framgår av upphandlingsdokumenten som har betydelse. Tester som inte tar sikte på egenskaper som finns angivna i dessa får inte beaktas i Upphandlingen. Att utforma egna tester med egna metoder och begrepp är inte relevant bevisning i ett upphandlingsmål. Det har därför inte funnits något processrättsligt skäl som motiverar att Y har genomfört egna tester som framhålls i målet.
- Y har låtit använda icke godkända testmetoder som inte tar sikte på de ställda kraven i Upphandlingen och som omotiverat syftar till att jämföra företagets produkter istället för att lyfta fram egenskaper hos den egna produkten. Anmälaren menar att det är anmärkningsvärt

att Y använt en testmetod som dels inte är godkänd och standardiserad i branschen, dels har den utformats i avsikt att göra en jämförelse mellan bolagens produkter istället för att fokusera på det egna företagets produkt. Enligt X är syftet med testet inte att på ett sakligt sätt påvisa att Upphandlande myndighets utvärdering av Y:s produkt är felaktig utan testet ska väcka misstro mot X:s produkt.

- Y har framfört påståenden om att Y:s produkt har unika egenskaper vilka X:s produkt saknar. Y har uttalat sig om egenskaper som inte är relevanta i målet och framfört obefogad kritik mot X:s produkter. Exempelvis har Y framhållit att X:s produkter skulle vara sämre på grund av avsaknad av patent. Patent säger dock ingenting om huruvida en produkt är bättre eller sämre än någon annan.
- Vidare har X pekat på andra faktorer som Y påstår utgör brister avseende X:s produkter men som saknar betydelse. Såsom bland annat färgsättning och avsaknad av markeringar på produkten. En jämförelse av nämnda egenskaper hos respektive bolags produkt har inte någon koppling till de krav som ställts för poängsättning och inte någon betydelse för upphandlingen i annat avseende.
- Y har systematiskt agerat för att svartmåla X:s produkter vilket, anmälaren menar att det står i strid med Y:s åtagande enligt Affärskoden att uppträda respektfullt mot andra medlemsföretag.

Medlemsföretag Y har i huvudsak anfört följande

- Y bestrider att man har agerat i strid med Affärskoden.
- Y menar att det aldrig kan stå i strid med Affärskoden att föra en saklig talan i en överprövningsprocess där en leverantör begär att en domstol ska ingripa avseende en upphandlande myndighets tilldelning av ett kontrakt. Överprövningsinstitutet är det huvudsakliga rättsmedel som en leverantör har för att säkerställa att upphandlande myndigheter tillämpar lagen om offentlig upphandling ("LOU") och de i LOU grundläggande principerna, däribland likabehandlingsprincipen, vid tilldelning av offentliga kontrakt. Överprövningsinstitutet är alltså ett rättsmedel som en leverantör, däribland de medlemmar i Swedish Medtech som är leverantörer till offentlig sektor, kan använda sig av för att få en domstolsprövning av om en offentlig upphandling genomförts korrekt och enligt lag.
- Y hävdar att möjligheten att ansöka om överprövning av en upphandling är även ett konkurrensmedel. Att fritt kunna ansöka om överprövning av en upphandling bidrar således

till en ökad likabehandling vid tilldelning av offentliga kontrakt och främjar en sund och öppen konkurrens.

- Att föra en överprövningsprocess där en leverantör anför att en annan anbudsgivares anbud inte uppfyllt vissa krav, vare sig kraven är obligatoriska eller bör-krav som medför poäng i en utvärdering, kan enligt Y inte stå i strid med Affärskoden. En förutsättning för att kunna föra en sådan process är att leverantören som ansöker om överprövning tillåts peka på brister i den konkurrerande anbudsgivarens anbud och produkt. I en sådan process måste leverantören även ha rätt att åberopa olika typer av bevismedel för att styrka de påståenden som görs gällande. Det kan inte vara så att Y i en sådan process enbart skulle ha rätt till att framhäva sin egen produkt.

- Y bestrider att åberopandet av e-postkorrespondens mellan vårdpersonal har gjorts i strid med Affärskoden. E-postkorrespondensen har tillhandahållits Y av den person som alla e-postmeddelanden har skickats till eller av. Personen har varit införstådd med och inte haft några invändningar mot att e-postkorrespondensen åberopades i överprövningsprocessen. Affärskoden kan inte anses medföra ett krav på att en medlem i branschorganisationen måste få ett godkännande av både avsändare och mottagare av ett e-postmeddelande innan det åberopas som bevismedel i en rättsprocess. Ett sådant förbud skulle hindra en leverantör att kunna driva en talan och effektivt kunna använda en överprövningsprocess som ett rättsmedel och konkurrensmedel.

- Resultatet av de genomförda testerna visar att Y:s produkt borde ha erhållit det högsta betyget för ett visst bör-krav i utvärderingen och således även ha fått ett högre betyg än X:s anbud. Y hävdar att det således har funnits processrättsliga och upphandlingsrättsliga skäl samt varit relevant för Y att åberopa testrapporten och filmerna från de genomförda testerna. Dessutom har testrapporten och filmerna transparent redovisats i överprövningsprocessen. Att Y låtit ett oberoende institut genomföra tester av de offererade produkterna kan således inte medföra att Y skulle ha agerat i strid med Affärskoden.

- Y har i överprövningsprocessen redogjort för objektiva skillnader mellan Y:s produkt och X:s produkt. De objektiva skillnaderna som Y redogjort för menar man har varit relevanta att åberopa i överprövningsprocessen och har inte varit "obefogad kritik" riktad mot X:s produkt.



- Det kan inte anses i strid mot Affärskoden att framhäva att de produkter man offererar i en upphandling har unika patenterade egenskaper och att dessa borde medfört att Y tilldelades ett högre betyg och att Y arbetar med innovativa lösningar.

Affärskodens tillämplighet

Y är medlem i Swedish Medtech. I medlemskapets förpliktelser ingår att medlem ska iakttä god branschetik. För att tydliggöra denna branschetik har Swedish Medtech instiftat en Affärskod. Samtliga medlemmar är förpliktigade att följa Affärskoden. Y omfattas således av Affärskoden.

Granskningsnämndens bedömning

Granskningsnämnden har haft att ta ställning till om det aktuella agerandet strider mot Swedish Medtechs affärskod samt om omständigheter kring händelsen i övrigt utgör en överträdelse av Affärskoden. En stor del av argumentationen i parternas yttranden är hänförlig till den aktuella upphandlingen och dess utvärderingsmodell. Granskningsnämnden har valt att i sin bedömning varken beakta eller beröra de upphandlingsrättsliga aspekterna av överprövningen.

Affärskoden ska främja sunda affärer, öppen konkurrens, hög produktkvalitet, patientsäkerhet och framtagandet av innovationer och dess upptag i vård och omsorg. Vidare ska Affärskoden säkra en hög integritet i relationer mellan industrin och patienter, brukare, vård och omsorg och andra aktörer samt bidra till en god och hållbar vård och omsorg. Av punkt 6 i Affärskoden framgår att vård- och omsorg är en särskilt viktig aktör för medlemsföretagen och att en väl fungerande samverkan mellan vård och omsorg och den medicintekniska branschen är nödvändig. Det framgår också att all samverkan ska ske på ett sätt som upprätthåller branschens goda anseende hos patienter, vård- och omsorgspersonal, vårdens företrädare och allmänheten, så att interaktionerna inte kan ifrågasättas ur juridisk eller etisk utgångspunkt. Av punkt 7 framgår att samtliga medlemsföretag ska agera på ett sätt som stärker branschen och branschens goda rykte. Det framgår också att all interaktion medlemsföretagen emellan, både i branschorganisationens verksamhet och utanför, kräver att medlemsföretagen ska verka för en sund och öppen konkurrens samt uppträda med respekt gentemot varandra.

BRANSCHORGANISATIONEN FÖR MEDICINTEKNIK

Telefon 08-586 246 00
info@swedishmedtech.se
www.swedishmedtech.se

Innovation • Patientsäkerhet • Hållbar vård och omsorg
Box 3601 103 59 Stockholm
Besök: Sveavägen 63, Stockholm

En stor del av samarbetet mellan hälso- och sjukvård och industri rör enskilda produkter som är eller kan komma att bli föremål för upphandling. Granskningsnämnden konstaterar inledningsvis att medlemmar, i sin marknadskommunikation och marknadsföring, har att beakta ovannämnda bestämmelser i Affärskoden, både i förhållande till andra medlemmar liksom vården. Begreppet marknadsföring är ett vitt begrepp som avser reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som ska främja avsättningen av och tillgången till produkter och tjänster. Swedish Medtechs medlemmar gör främst affärer med offentlig sektor genom att lämna vinnande anbud i offentliga upphandlingar. Medlemmar som deltar i offentlig upphandling måste vara medvetna om att anbudet är att betrakta som marknadsföring eftersom anbudet lämnas för att främja avsättningen av anbudsgivarens tjänster. Däremot har inlagor i ett överprövningsmål som rör offentlig upphandling inte ansetts vara marknadsföring. Marknadsföringslagstiftningen är således inte tillämplig vid överprövning av offentlig upphandling.

Förutsatt att talerätt föreligger har alla företag som gör affärer med offentlig sektor en laglig rätt att föra en överprövningsprocess i förvaltningsdomstol. Leverantören ska, i en sådan överprövningsprocess, kunna peka på brister i den konkurrerande anbudsgivarens anbud och produkt liksom ha rätt att styrka de påståenden som görs gällande genom att åberopa olika typer av bevismedel. Rätten att ansöka om överprövning är lagreglerad i upphandlingslagstiftningen och det är det huvudsakliga rättsmedel leverantörer har för att kunna säkerställa efterlevnad av upphandlingsreglerna vid offentlig upphandling.

I svensk processrätt gäller fri bevisprövning och det innefattar både fri bevisföring och fri bevisvärdering. Fri bevisföring innebär att parterna i en överprövning får åberopa all bevisning som de kan få fram, alltså de kan använda alla typer av medel för att styrka sin rätt. Fri bevisvärdering innebär att värdet av bevisningen prövas fritt av domstolen. Det är alltså upp till domstolarna att avgöra hur bevisningen ska värderas. Detta innebär med andra ord att en part i ett överprövningsmål kan lämna in vilken bevisning den önskar och att det sedan är upp till domstolen att bedöma bevisningens styrka och betydelse. Uppenbart irrelevant bevisning kan avvisas.

Följaktligen sätter inte Affärskoden upp ramar för vilken form av bevisföring en medlem ska föra i en överprövningsprocess. Här vill granskningsnämnden understryka vikten av att branschorganisationen förhåller sig återhållsam till åtgärder som riskerar styra medlemmars möjlighet att föra talan i överprövningsmål. Konsekvenserna skulle kunna få en avhållande effekt på viljan hos medlemmar att ansöka om överprövning av upphandlingar, vilket skulle



missgynna en sund och öppen konkurrens och därmed kunna vara i strid mot både konkurrenslagstiftningen och punkten 2 och 4 i Affärskoden.

Affärskoden ska inte vara ett hinder för en medlem att effektivt kunna ta tillvara sina upphandlingsrättsliga intressen och föra en saklig talan fullt ut i en överprövningsprocess. LOU tillkom bland annat för att säkerställa en fri och öppen konkurrens på den inre marknaden. Likaså är ett av Affärskodens syften att främja en sund och öppen konkurrens. Möjlighet för medlemmar i Swedish Medtech att kunna ansöka om överprövning i upphandlingar är ett verktyg för att öka likabehandling och främja ovannämnda syfte. Affärskoden ska inte hindra en leverantör att kunna driva en talan och effektivt kunna använda en överprövningsprocess som ett rättsmedel och konkurrensmedel. Att begränsa medlemmars möjlighet att föra talan riskerar att leda till konkurrensbegränsningar som, enligt Granskningsnämndens bedömning, inte går att motivera av andra skäl. Sammantaget har en leverantör rätt att använda allt underlag som kan anses styrka dess rätt. Skulle bevismedel användas för andra syften än de tänkta är det inte företagets eller branchorganisationens sak att hantera utan domstolarnas ansvar genom den fria bevisföringen. Med beaktande av det ovan anförda anser Granskningsnämnden att det inte kan anses stå i strid mot Affärskoden att fritt föra talan i en överprövningsprocess.

Granskningsnämnden bedömer att det inte föreligger skäl att var för sig pröva om de av Y åberopade bevismedlen i form av testrapport, e-postkorrespondens, bilder på produkterna liksom påståendena om unika egenskaper hos Y:s produkt, står i strid med Affärskoden då det i alla delar rör sig om åberopande av bevisning i ett överprövningsmål. Gällande e-postkorrespondensen mellan bland annat sjukvårdspersonal inom Regionen/Landstinget, ser dock Granskningsnämnden att det kan finnas skäl till att särskilt understryka, att e-postkorrespondens inom offentlig verksamhet är att betrakta som allmän handling enligt offentlighetsprincipen. Den som önskar få en kopia av elektronisk handling har rätt att få det. Efterfrågade e-postdokument ska i sådant fall lämnas ut utan onödigt dröjsmål. Den som begär ut handlingen har ingen skyldighet att uppge sitt namn eller varför man vill ta del av en viss handling. Det kan förväntas av den som arbetar inom offentlig verksamhet att denne känner till dessa regler. Mot denna bakgrund finner Granskningsnämnden att åberopandet av e-postkorrespondensen i överprövningsprocessen inte gjorts i strid med punkten 6 i affärskoden. Det kan förvisso vara *lämpligt* att informera den vars korrespondens man avser använda, men Granskningsnämnden finner inte att bestämmelsen i Affärskoden kan anses medföra ett krav på godkännande av varken avsändare eller mottagare innan den åberopas

BRANSCHORGANISATIONEN FÖR MEDICINTEKNIK

Telefon 08-586 246 00
info@swedishmedtech.se
www.swedishmedtech.se

Innovation • Patientsäkerhet • Hållbar vård och omsorg
Box 3601 103 59 Stockholm
Besök: Sveavägen 63, Stockholm



som bevismedel i en överprövningsprocess. Granskningsnämnden bedömer att Y inte har agerat i strid med Affärskoden.

Förslag till åtgärd

Utifrån den information granskningsgruppen haft tillgång till och det material som har presenterats, måste en helhetsbedömning göras. Y har tillvaratagit sin rättighet som leverantör i en offentlig upphandling att överpröva och i överprövningsprocessen tillämpa rätten till fri bevisföring. Y har haft rätt att föra fram vilken bevisning man själv ansett relevant till styrkande av grunderna för sina yrkanden. Detta konstateras av Granskningsnämnden vara förenligt med principen om fri bevisprövning och Affärskodens syfte att främja sunda affärer och en öppen konkurrens.

Med hänvisning till det ovan anförda fann Granskningsnämnden sammantaget att det inte står i strid med Affärskoden att föra en sådan talan i en överprövningsprocess som Y gjort. Granskningsnämnden förslög därför styrelsen att ärendet inte ska föranleda någon åtgärd. Styrelsen för Swedish Medtech beslöt i enlighet med Granskningsnämndens förslag. Ärendet föranledde därför ingen åtgärd.

Lennart Uhlmann

Ordförande Granskningsnämnden