



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 2  
Fredrika Holm

**DOM**  
2011-05-31  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
908-11 E  
Domare 2:2

**SÖKANDE**

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

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

**MOTPART**

Landstinget i Jönköping  
Inköpsavdelningen  
Box 1024  
551 11 Jönköping

Ombud: Advokat Thomas Svedberg och jur. kand. Pernilla Larsson  
Gärde Wesslau Advokatbyrå  
Box 684  
551 19 Jönköping

**SAKEN**

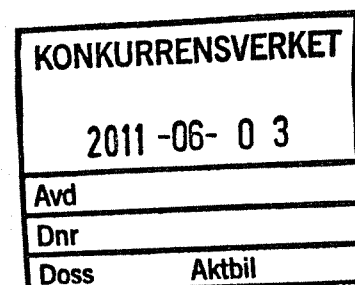
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, såvitt avser position 457, får avslutas först sedan rättelse har skett genom ny utvärdering. Denna ska ske med utgångspunkt från att Novaplus T 380 och Nova T 380 är likvärdiga i fråga om funktion och kvalitet.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om muntlig förhandling.

Förvaltningsrättens beslut den 28 februari 2011 upphör i och med denna dom att gälla.



### **BAKGRUND**

Landstinget i Jönköping genomför en upphandling av sjukvårdsartiklar (LK10-0052) för leveranser till landstingets centraldepå i Jönköping. Upphandlingen handläggs som ett öppet förfarande.

I förfrågningsunderlaget under rubriken ” 1.2.12 Anbudsprovning” anges att under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt ”kvalificering” kommer det/de anbud att antas som är det/de för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn taget till följande rangordnade utvärderingskriterier:

1. Funktion
2. Kvalitet
3. Pris och miljö. Pris och miljö bedöms lika

I kravspecifikationen anges avseende kvaliteten att information/ redovisning av huruvida tillverkaren uppfyller kraven för certifiering enligt ISO 9001:2008 eller motsvarande önskas. Produkterna ska vara CE-märkta och anbudsgivarens miljöarbete ska redovisas.

Genom tilldelningsbeslutet tilldelades, såvitt nu är i fråga, Bayer AB (Bayer) kontrakt avseende position 456 och 457 (kopparspiral normal respektive mini) Enligt beslutet utgick Miracon AB:s (Miracon) anbud avseende position 456 med följande motivering. ”Utgår. Ersätts av pos.457, Nova T 380. Får inte användas i länet enligt Helen Torstensson, verksamhetschef mödravården och läkarna, KK Värnamo. Finns inga klara studier, är inte tillräckligt prövad”. I fråga om position 457 anges följande. Miracons spiral i storlek normal har inte antagits med motivering att trots högre pris förordar KK, Ryhov, mödrahälsovården och KK-mottagning Värnamo annan spiral.

Landstinget har sedermera avbrutit upphandlingen avseende position 456 med motiveringen att behovet av en sådan inte längre finns efter det att Bayers spiral Nova T 380 tilldelats kontraktet för position 457. Bayers spiral är one-size och spiraler i olika storlekar behöver därmed inte köpas in.

#### YRKANDEN M.M.

**Miracon** yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen beträffande position 456 och 457 får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att Miracons anbud ska antas som enda spiral. I andra hand yrkar Miracon att upphandlingen avseende dessa positioner ska göras om. Miracon yrkar att förvaltningsrätten vid muntlig förhandling företar syn. Bolaget anför bl.a. följande. Miracon har de senaste fem åren marknadsfört företaget Eurogines spiral T DE Plata 380 (Novaplust T 380) i Sverige i storlekarna mini och normal. Spiralen har varit upphandlad hos Region Skåne sedan 2006 och sedan maj 2007 i Norrbottens läns landsting. Spiralen har även använts av kvinnokliniken på Nyköpings lasarett under 3 - 4 år samt på diverse privata vårdinrättningar som t.ex. Mama Mias två mödravårdscentraler i Stockholm under fyra år. Spiralen är vidare sedan maj 2009 upphandlad som enda spiral i Västra Götaland. Spiralen har använts i ett flertal länder. Spiralen är en kopia på Bayers spiral Nova T 380 men har ett fördelaktigare pris (118 kr istället för 165 kr/st). Spiralen är helt likvärdig med Nova T 380; den bygger helt på de studier som gjorts beträffande denna, dess föregångare och jämförande studier med andra spiraler samt tillverkas enligt den internationella standarden ISO 7439. Kopparmängden samt övriga tekniska specifikationer för Eurogines T DE Plata 380 (Novaplust T 380) är även desamma som för Nova T 380. Inga anmärkningar har framkommit mot spiralen under den långa användningstiden. I anbudsinbjudan har angående utvärderingskriteriet kvalitet endast angetts krav på CE-märkning. Miracons kopparspiraler har CE-märkning, omfattas av den europeiska standarden ISO 7439 och uppfyller Läkemedelsverkets krav.

Påståendet att det inte finns klara studier för Miracons kopparspiral mini är felaktigt. Miracons anbud uppfyller samtliga skall-krav och har lägst pris. Det föreligger inga skillnader i funktion, kvalitet och miljö mellan Miracons och Bayers kopparspiraler. Eventuella skillnader mellan Miracons spiral och Bayers spiral är i vart fall marginella och har ingen som helst medicinsk relevans. Kopparspiraler är generellt inte 100-procentiga som preventivmedel och det finns även risk för andra komplikationer. Det är inte förenligt med proportionalitetsprincipen att beakta eventuella marginella skillnader vid utvärderingen och, om de beaktas, strider det mot principen om ömsesidigt erkännande. I den mån det finns skillnader i hårdhet och handhavande är det endast en fråga om vana hos den som sätter in spiralen. Läkemedelsverket har registrerat 13 ärenden rörande graviditeter och andra biverkningar avseende användning av Bayers spiral. Denna spiral har således inte högre kvalitet än Novaplust T 380. Priset ska därmed vara avgörande vid bedömningen varför Miracons spiraler skulle ha antagits. Leverantörerna har inte behandlats likvärdigt. Miracon har diskriminerats på grund av att kopparspiralerna är kopior. Eftersom spiralerna är helt likvärdiga har kraven inte varit proportionella. Att inte erkänna dess spanska godkännande innebär även att principen om ömsesidigt erkännande inte beaktats. Genom att inte anta Miracon som leverantör har Miracon lidit skada. – Miracon åberopar dels skrivelser den 8 april 2001 av leg. läkaren och specialisten Anders Friman, medicinskt ledningsansvarig för ungdomsmottagningarna i Kristianstad och Hässleholm respektive i mars 2011 av barnmorskan Ann Tiits vid Mama Mia Söder AB, dels mätningshandling den 1 maj 2011 av med. lic. och specialisten i ortopedi Lars Erik Sylvin.

I sin skrivelse anger Anders Friman bl.a. följande. På ungdomsmottagningarna i Kristianstad och Hässleholm har Miracons spiral Novaplust T 380 varit standard kopparspiral under 4-5 år. Stora fördelar har bedömts föreligga i utbudet av tre storlekar. Spiralen har ansetts likvärdig med andra kopparspiraler med lika mängd koppar avseende

preventivmedelseffekten. Under åren har inte förevarit några oväntade biverkningar, insättningsproblem eller andra avvikelser vid användandet. Erogin spiral är ett mycket bra och säkert preventivmedel med effekter och bieffekter i nivå med andra på marknaden förekommande kopparspiraler men med än bättre prisbild.

Ann Tiits anger i skrivelsen bl.a. följande. Mama Mia Söder är en av de största barnmorskemottagningarna i Stockholm/Sverige och tar emot ca 20 procent av alla gravida i Stockholm. Kopparspiralen Eurogine har använts sedan 2001 och de har varit väldigt nöjd med den. Den är lätt att hantera och sätta in och den upplevs som ett tryggt och säkert preventivmedel. De har endast positiva erfarenheter av spiralen och det gäller både insättningstekniken och att använda den. Den rekommenderas framför Nova T 380 eftersom den finns i tre storlekar.

Lars Erik Sylvin har i sin skrivelse angett bl.a. följande. Skillnaden mellan Bayers produkts införrör och Miracons produkts införrör är 0,15 mm. Skillnaden mellan tvärsnittsarean är 1,4 kvmm. Påståendet att det föreligger storleksskillnader vilka skulle ha någon klinisk relevans betraktas som helt orimliga.

**Landstinget** anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Upphandlingen strider inte mot de gemenskapsrättsliga principerna och LOU. Miracons spiral är visserligen CE-märkt men funktionen och kvaliteten skiljer sig dock från den konkurrerande produkten, vilket får betydelse vid utvärderingen. Miracons produkt når inte samma höga nivå som originalet. Miracons spiral i normalstorlek är bredare och större i sin topp än Bayers; även diametern på insättningsröret är något större. Eftersom bedövningsmedel inte används är en större topp sämre lämpad såväl från smärthanseende som i fråga om tekniskt handhavande. Även i storlek mini är toppen synligt större än Bayers spiral. Den påtalade fördelen av att ha olika storlekar har således inte någon betydelse. Miracons uttalande att skillnaderna

mellan spiralerna skulle handla om en vana hos den som sätter in spiralen bekräftar dessutom att skillnaderna är påvisbara och väsentliga; skulle spiralerna vara likvärdiga skulle samma teknik kunna användas på dem båda. Nova Plus T 380 är även sladdrigare än Bayers; stabiliteten är viktig för att få ett bra resultat. Dessa skillnader gör att Miracons spiral är betydligt svårare att sätta in och att få på plats. Den kan även leda till oönskade graviditeter då det finns en risk att den hamnar fel. Att Miracon tilldelats upphandlingskontrakt i andra delar av landet innebär inte att produkterna är jämförbara utan att de upphandlande myndigheterna inte värderat kvalitet och funktion på samma sätt. Att Miracons spiral har erhållit ett lägre betyg än den konkurrerande produkten har ingenting med oproportionella krav eller bristande erkännande att göra. Miracons spiral är sämre i kvaliteten och funktion och därmed har landstinget inte brutit mot likabehandlingsprincipen. – Egenskaper hos tidigare använda kopparspiraler saknar relevans i nu aktuellt mål. Bedömningen av uppsatta kriterier ska naturligtvis vara objektiv och utan ovidkommande hänsyn. Samtidigt innehåller regelmässigt ”mjuka” kriterier av det slag det nu är fråga om ett visst mått av subjektivitet; detta är oundvikligt. Annat har inte framkommit än att landstinget har gjort en professionell bedömning utifrån angivna kriterier och därvid funnit anledning att bedöma det vinnande anbudet som bättre än Miracons anbud. Att jämföra antalet rapporterade fall avseende de båda spiralerna kan inte göras eftersom produkterna har funnits olika länge på marknaden. Att dessutom koppla antalet rapporter till kvaliteten på de olika spiralerna är helt missvisande, inte minst när flertalet av de rapporterade fallen uppstått beroende på handhavande och inte på produkten. – Landstinget åberopar sammanställning från Socialstyrelsen avseende rapporterade komplikationer vid användning av Novaplus T 380.

## DOMSKÄL

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

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör, som lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

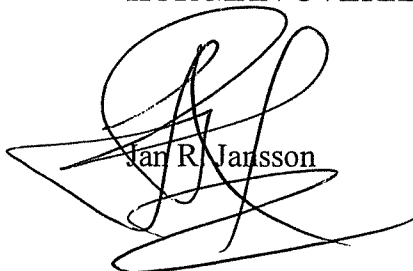
Det står en upphandlande myndighet fritt att bestämma hur ett förfrågningsunderlag ska utformas och vilken utvärderingsmodell den önskar använda i en upphandling så länge det inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga grundprinciperna om likabehandling, förutsebarhet och öppenhet. För att leverantörerna ska ges samma förutsättningar för anbuds-givning måste förfrågningsunderlaget vara så klart och tydligt formulerat att det med utgångspunkt i underlaget ska gå att skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Ett väl utarbetat förfrågningsunderlag underlättar såväl för leverantörerna i arbetet med att utarbeta anbud som för den upphandlande myndigheten vid utvärderingen av anbudet. Den ovan nämnda principen gäller nämligen även vid utformningen av utvärderingsmodellen.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i avgörandet vidare att en upphandlande myndighet får använda sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Landstinget har hävdat att Novaplus T 380 i fråga om funktion och kvalitet är sämre än Nova T 380. Utredningen i målet utvisar dock inte att det vid utvärderingen funnits anledning för landstinget att utgå från annat förhållande än att de båda spiralerna i dessa hänseenden är att anse som likvärdiga. Genom att inte behandla produkterna likvärdigt har landstinget brutit mot principen om likabehandling och därmed mot bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU. På grund härav och då Miracon lidit skada finns skäl att besluta att upphandlingen, såvitt avser position 457, får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av ny utvärdering. Denna ska ske med utgångspunkt från att Novaplus T 380 och Nova T 380 är likvärdiga i fråga om funktion och kvalitet.

Vid denna målets utgång finns inte skäl att hålla muntlig förhandling. Yrkandet härom ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1 D LOU).

  
Jan R. Jansson