



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2011-06-30
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1059-11

SÖKANDE

Smith & Nephew AB, 556198-8345
Box 143
431 22 Mölndal

MOTPART

Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

KONKURRENSVERKET	
2011-07-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att ny utvärdering ska göras avseende position 8 och 9 där Smith & Nephew AB:s samtliga offererade produkter ska utvärderas.

Dok.Id 28845

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Landstinget Kronoberg har genomfört en upphandling avseende ortopediska implantat. Enligt tilldelningsbeslut den 17 mars 2011 har Landstinget Kronoberg beslutat att anta anbud från Biomet Orthopaedics vad gäller position 8, Total knäartroplastiksystem, och position 9, Total knäartroplastik, för revision och stabilisering.

Smith & Nephew AB (bolaget) ansöker om överprövning i dessa delar och yrkar i första hand att rättelse ska ske och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Bolaget redovisar i sitt anbud resultat från Australienska knäregistret där offererad produkt har en överlevnad på 96 % efter 8 år. Från det australienska registret framgår att proteserna har bättre resultat efter 8 års registrering än vad den i detta mål ifrågasatt vinnande protesen Vanguard kan redovisa från det svenska registret efter 3 år. I sin utvärdering har upphandlingsgruppen värderat detta resultat avsevärt lägre med motiveringen att det är ett internationellt register med konsekvensen att bolagets produkt lidit betydande poängavdrag. Den ifrågasatt knäprotesen har inte av bolaget tidigare tillhandahållits på den svenska marknaden. Genom landstingets förfarande missgynnas produkter som introduceras på den svenska marknaden. Materialet i det Australienska knäregistret är avsevärt större vilket talar för större tillförlitlighet. Den vetenskapliga signifikansen är direkt jämförbar med det svenska. Bolaget kräver därför att dessa register ska viktas lika i bedömningen. Ingenstans i kravspecifikationen står det att utländska register skulle komma att särbehandlas. – Bolaget anser vidare att upphandlingsgruppen omöjligt kunnat göra en rättvis bedömning av bolagets offererade instrumentarium. Det faktum att endast en av personerna i referentgruppen sett och testat instrumenten och då endast vid ett tillfälle, innebär att man inte kan utvärdera och poängsätta systemet. Dessutom har samtliga konkurrerande system testats avsevärt mera utförligt, vilket är ofördelaktigt och särbehandlande. – Bolaget har i upphandlingen offererat 2 knäsystem under po-

sition 8-9 knäartroplastik. Landstinget har endast utvärderat ett system trots att det framgår av lanstingets frågor och svar att ”om man offererar 2 system kommer de att utvärderas var för sig”. Bolaget bestrider den efterhandskonstruktion och ”fiktiva” utvärdering som gjorts och ifrågasätter dess objektivitet. Landstinget anger att den ”fiktiva” prövningen avser produkten Genesis. Bolaget har inte under position 9 lämnat anbud avseende produkten Genesis. Bolaget har rätteligen här offererat Profix Revision som sålunda inte varit föremål för ens en ”fiktiv” utvärdering. Någon korrekt utvärdering har inte gjorts och bolaget har på grund av detta lidit skada.

Landstinget Kronoberg bestrider ansökan och anför följande. Med hänsyn till att Landstinget Kronoberg är ett av Sveriges minsta landsting är det tveksamt, av medicinska skäl, att operera in implantat i patienter om dokumentation om implantatöverlevnad saknas i skandinaviska register. Detta medför att det inte är möjligt att i tillräckligt hög utsträckning säkerställa produktens kvalitet. Om eventuella brister skulle upptäckas senare kan det medföra stora konsekvenser för landstinget men framförallt för patienten. För landstinget var det därför av vikt att produkten har använts i Skandinavien tidigare och att dokumentation om implantatöverlevnad finns i skandinaviska register. Med anledning härav har internationella register värderats lägre vid anbudsutvärdering. Skulle förvaltningsrätten finna att landstingens utvärderingskriterium är otydligt formulerat och förordnar om rättelse och bolaget tilldelas 5 poäng resulterar det inte i ett annorlunda utfall. – Utvärderingen av knäartroplastiksystem har genomförts på likartat sätt för samtliga anbudsgivare. Fler än en person har även utvärderat det av bolaget offererade knäsystemet. Det är en felaktig uppfattning att konkurrerande system har utvärderats i större omfattning. Grund för uppfattningen att leverantören har blivit negativt särbehandlad saknas således. – Landstinget medger att endast ett av bolagets offererade knäsystem i position 8 och 9, ”Genesis” respektive ”Genesis PS” har utvärderats. Bolaget har även offererat knäsystem ”Profix” respektive ”Genesis” som inte utvärde-

rats. En fiktiv utvärdering av knäsystem "Profix" och "Genesis" visar att detta knäsystem inte skulle ha antagits. Bolagets knäsystem "Profix" är det knäsystem landstinget idag har på avtal och har god kännedom om. Det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som ska antas varför det saknar betydelse om "Profix" har en lägre kostnad. Skäl för rättelse eller att göra om upphandlingen saknas således.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iaktas.

Av 16 kap. 5 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Av landstingets förfrågningsunderlag punkt 2.10.2 framgår att vid utvärdering för **total knäartroplastiksystem** med tillhörande instrumentarier, position 8, gäller följande. Under förutsättning av att inkomna anbud upp-

fyller kraven enligt punkt "Kvalificering", kommer det anbud att antas som är det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna pris 30 %, kliniska resultat 35 % och användarvänlighet, 35 %. För **total knäartroplastik för revision och stabilisering** med tillhörande instrumentarier, position 9, kommer det anbud att antas som är det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna pris 40 %, kliniska resultat 30 % och användarvänlighet, 30 %. Det anbud som uppfyller i kravspecifikationen ställda börkrav på implantatöverlevnad och dessutom återfinns i, för respektive kategori, efterfrågat register erhåller 5 poäng.

Av kravspecifikationen punkt 12 gällande position 8-9 framgår följande. Offererade produkter bör ha en **implantatöverlevnad** på minst 95 % på 6 år och vara publicerade i senaste Svenska knäplastikregistret alternativt annan vetenskaplig dokumentation. Anbudsgivaren **skall** i anbudet hänvisa till relevant dokumentation som påvisar implantatöverlevnad. Tillhörande instrumentarier kommer att bedömas avseende **användbarhet**: logistik och säkerhet (dvs lätt att lära, lätt att komma ihåg, svårt att göra fel) finns i implantathanteringen under operation.

Av punkt 2.11 i förfrågningsunderlaget framgår följande. Prover på efterfrågat sortiment **skall** på begäran kunna tillhandahållas kostnadsfritt för funktionsprovning och utvärdering. Den upphandlande enheten förbehåller sig rätten att själv välja den eller de produkter, som bedöms vara lämpliga. Utvärderingen kommer att genomföras av överläkare, operationssjuksköterskor med hög kompetens och lång erfarenhet inom ortopedi tillsammans med ansvarig upphandlare och materialkonsulent.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att detta sker på objekti-

va grunder inom ramen för frågningsunderlaget. Vidare bör kraven för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten ställas relativt högt. I alla upphandlingar förekommer värderingar av anbud som görs av den upphandlande myndigheten.

Av landstingets utvärderingsprotokoll framgår beträffande utvärderingskriteriet kliniska resultat i position 8 att produkten ges 5 poäng om implantatöverlevnad är 95 % på 6 år eller mer i ett skandinaviskt register.

I landstingets kravspecifikation anges att offererad produkt bör ha en implantatöverlevnad på minst 95 % på 6 år och vara publicerad i senaste Svenska knäplastikregistret alternativt annan vetenskaplig dokumentation. Landstinget har motiverat kravet med att avsaknad av uppgift om implantatöverlevnad i skandinaviska register medför att det inte är möjligt att i tillräckligt hög utsträckning säkerställa produktens kvalitet. Bolaget har i sitt anbud hänvisat till det australienska knäregistret, där offererad produkt har en överlevnad på 96 % efter 8 år. Enligt förvaltningsrättens mening får bolagets produkt genom denna publicering i det australienska knäregistret anses uppfylla kravet på vetenskaplig dokumentation. Produkten borde därför beträffande kliniska resultat i position 8 ha tilldelats 5 poäng. Av handlingarna framgår att felet inte har påverkat rangordningen av leverantörerna. Bolaget har således inte drabbats av skada till följd av felet varför det saknas skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.


Vad avser bolagets invändning rörande upphandlingsgruppens bedömning kan det konstateras att det är ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen när en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris. Det går i dessa fall således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva värderingar. Det är dock den upphandlande myndigheten som har att utvärdera ingivna anbud. Det finns inte något hinder för en myndighet att

vid en upphandling av nu aktuellt slag använda sig av utvärderingsmodeller som baserar sig på en testgrupps bedömningar av sina upplevelser av produkterna i olika avseenden. Det föreligger inte stöd för bedömningen att testgruppen vid sin poängsättning av produkterna tagit ovidkommande hänsyn.

Vad härefter avser utvärderingen framgår det av landstingets redovisade frågor och svar inför anbudsgivningen att ”om man offererar 2 system kommer de att utvärderas var för sig”. Smith & Nephew AB har offererat två knäsystem under position 8-9, men landstinget har ostridigt endast utvärderat ett system i respektive position. Landstinget får därmed, genom att vid sin utvärdering avvika från de förutsättningar som angivits, anses ha brutit mot bestämmelserna i LOU. Att först i efterhand göra en fiktiv utvärdering kan, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses vara godtagbart.

Förvaltningsrätten finner sålunda att vad bolaget anfört visar att landstinget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt att bolaget härigenom riskerat att lida skada. Den åtgärd som kan komma ifråga är att utvärderingen av anbuden görs om. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska rättas och ny utvärdering göras där bolagets samtliga offererade produkter i position 8 och 9 ska utvärderas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1D-LOU)


Ingela Hofvander



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU