



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2012-07-20
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2850-12
Enhet 2

SÖKANDE

Synthes AB, 556169-3416
Korta Gatan 9
171 54 Solna

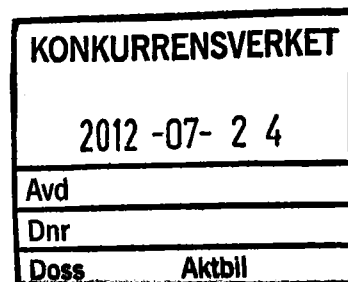
MOTPART

Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping

Ombud: Mikael Lindström
c/o Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan bifalls delvis. Upphandlingen får inte avslutas förrän rättelse har skett i form av att en ny anbudsutvärdering företas för anbudsposition 7 där anbud från Zimmer Sweden AB, Medtronic AB, Globus Medical Sweden AB samt Biomet Orthopaedics AB inte beaktas.

Dok.Id 89191

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget i Östergötland (Landstinget) genomför en upphandling avseende ramavtal för implantat för ryggkirurgisk verksamhet *Rygg- och Neuroimplantat*, UC-2011-195 (upphandlingen). Den är uppdelad i åtta tilldelningsgrupper (anbudspositioner), utifrån olika typer av operativa ingrepp. Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande enligt LOU. Den avser ett ramavtal med slutdatum den 31 mars 2014 med möjlighet till förlängning ytterligare två perioder á 12 månader. Tilldelning sker till anbud med lägst pris för anbudsposition Thorakolumbal bur avsnitt 12 och för övriga anbudspositioner till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid anbudstidens utgång hade anbud inkommit från totalt 14 anbudsgivare, varav 13 bedömdes kvalificerade för anbudsutvärdering. Olika anbudsgivare har lämnat anbud på olika anbudspositioner. Enligt tilldelningsbeslut den 24 april 2012 tilldelades följande anbudsgivare kontrakt;

- Johnson & Johnson AB. Erhåller kontrakt på position nr 6.
- K2M Solutions Sweden AB. Erhåller kontrakt på position nr 7.
- Medtronic AB. Erhåller kontrakt på position nr 6, 7, 9, 10, 12.
- Ossano Scandinavia AB. Erhåller kontrakt på position nr 6.
- Synthes AB. Erhåller kontrakt på position nr 5, 11.
- Tresona Instrument AB. Erhåller kontrakt på position nr 8.
- Zimmer Sweden AB. Erhåller kontrakt på position nr 7.

Synthes AB (Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Det aktuella tilldelningsbeslutet och utvärderingen av upphandlingen var behäftad med ett flertal brister.

1. Position 7 – bakre fixation – skruvvinkel 45 grader runt hela skruven.

Den upphandlande myndigheten får endast anta anbud som uppfyller alla s.k. skall-krav. Under punkten 7.1.2 i anbudsförfrågans kravspecifikation (Bakre fixation inklusive fixation occiput) har ställts skall-krav avseende minst 45 graders vinkling av skruvarna, och då även runt hela skruven, (360 grader) – se förfrågningsunderlaget. Detta krav har även ytterligare förtydligats i dokumentet "Frågor & Svar". Detta har inte Landstinget beaktat när de valde leverantör. Flera leverantörer som blivit tilldelade kontrakt uppfyller inte detta skall-krav och borde ha uteslutits. Bolaget uppfyller detta skall-krav.

- a) Zimmer Sweden AB (Zimmer) har en vinkel om 32 grader (system kallat The Minit system/Nex-Link).
- b) Medtronic AB har en vinkel om 30 grader runt om (360 grader), samt 45 grader men enbart i tre olika plan – ej 360 grader (system kallat Vertex).
- c) Globus Medical Sweden AB (Globus) har en vinkel om 40 grader (system kallat Ellipse).
- d) Biomet Orthopaedics AB (Biomet) har en vinkel i en specifik skruv där de anger 45 grader (system kallat Altius M-Ni), men det är endast i ett plan och inte runt hela skruven.

För referens – Bolaget (system kallat Synapse) har en vinkel på 50 grader i alla plan runt hela skruven (360 grader).

Bolaget anför att ovan nämnda leverantörer (a-d) ej uppfyller skall-kravet om minst 45 graders vinkel och yrkar att de utesluts. Att Landstinget anser sig ha missförstått innebörden av det egna skall-kravet torde inte friskriva dem från det ansvar som hänförs till skall-kravets uppfyllnad. Det är mycket tydligt i skall-kravet att skruvarna ska ha 45 graders vinkling, därtill att detta ska gälla runt hela skruven (enligt svar i dokumentet "Frågor & Svar"). Landstinget har vidare medgivit att Bolaget uppfyller skall-kravet (och bekräftar således skall-kravet), men anger att Bolaget inte prismässigt matchar andra anbud. Detta torde dock vara irrelevant, enär dessa andra prismässigt mer fördelaktiga anbud inte uppfyller skall-kravet om 45 grader. Bolaget önskar också tillägga att om Landstinget i sitt förfrågningsunderlag velat hänvisa till en skruvs totala rörelseintervall så definieras detta inte som skruvvinkel, utan istället som skruvens rörelseintervall/range of motion. Om Landstinget hade avsett totalt rörelseintervall på 45 grader skulle detta innebära en skruvvinkel om 22,5 grader, vilket inte är rimligt då alla anbudsgivare har minst 30 graders vinkel eller mer.

Vidare vill Bolaget förtydliga det felaktiga i Landstingets påpekande att de inte visat att produkterna i de antagna anbuden inte uppfyller kravet om 45 graders vinkling runt om. Detta har gjorts i tidigare insända bilagor med produktbroschyr/informationsmaterial från Zimmer, Medtronic, Globus samt Biomet.

2. Position 7 – bakre fixation – priser i typoperation.

Som tillägg till ovanstående önskar Bolaget även påpeka att vissa leverantörer har gett felaktiga uppgifter i sina typoperationer (felaktiga priser i förhållande till prisfil, alternativt ej medtagit alla erforderliga delar för korrekt jämförelse), vilket har föranlett att de felaktigt erhållit en mer fördelaktig prisbild.

- a) Biomet – leverantören har inte tagit med samtliga erforderliga skruvar i sin typoperation för position 7. Occiput skruvar saknas. Därtill har leverantören angivit fel priser (lägre pris på skruv) i typoperationen i förhållande till priserna i prisfilen. Detta medför att deras totalpris för position 7 blir för lågt i jämförelsen (- 1250 kr).
- b) K2M Solutions Sweden AB (K2M) – leverantören har enbart tagit med ett långt stag (där skall-krav var två stag).

Bolaget anför därmed att ovan nämnda leverantörer ej uppfyller skallkravet om att samtliga erforderliga delar som krävs för komplett fixation ska finnas med i typoperationen. Det är vidare Landstingets ansvar att kontrollera att inkomna anbud är korrekta och att dessa stämmer innan tilldelningsbeslut.

3. Generellt - Utvärdering av anbud

Landstinget har i sin utvärdering av anbudet hänvisat till att den har skett enligt förfrågningsunderlaget. I detta hänvisas till en bilaga "Modell uppräkningsstal SEK" i de fall där kvalitetstillägg (börkrav) finns med som en del i utvärderingen av produktgrupperna. Modellen som man hänvisar till har ett uppräkningsstals-exempel om 6 750 SEK i relation till ett typoperations-/paket pris i storleksordningen 500 000 SEK. I Landstingets slutliga utvärdering har de, trots hänvisning till denna modell, ett uppräkningsstal om 1 SEK vilket då kan ge ett maximalt utfall om 100 SEK oberoende av typoperations-/paket prisets totala värde. Detta kan inte ses som rimligt i sammanhanget, och för att få en rättvis bedömning vad gäller de olika typoperationerna (samt för att uppräkningsstalsmodellen ska vara relevant i sammanhanget) yrkar Bolaget på att uppräkningsstalet ska ändras/göras om för att reflektera typoperations-/paket priset så att detta får ett jämförbart relationstal. Det sätt på vilket Landstinget hanterat denna modell, utan att informera leverantörerna att de ska använda uppräkningsstal 1 SEK, är

mycket vilseledande. Landstinget har i yttrande hävdad att detta är en vedertagen modell, men att den samtidigt inte har någon som helst koppling till upphandlingen i målet. Eftersom Landstinget dock har använt sig av modellen hävdar Bolaget att den ska användas såsom modellen visar, då Landstinget de facto har angett faktiska exempeltal i modellen (dock med andra kvalitetsavvikelseprocent enligt börkravsangivelserna). En grundregel enligt LOU är att utvärderingsmodeller och kriterier ska vara transparenta så att anbudsgivarna ska förstå hur utvärderingen kommer att göras. Så är inte fallet i händelse att Landstinget vidhåller att den angivna bilagan ej behöver användas såsom exemplet anger. Bolaget hävdar i detta sammanhang att Landstinget har sänt vilseledande information. De borde ha meddelat vilka faktiska uppräkningsstal man ämnat använda sig av för de olika paketen. Bolaget anser vidare att det är en efterhandskonstruktion att använda sig av uppräkningsstalet 100 SEK, då det samtidigt blir det maximala påslaget, oavsett om paketpriset är 2 500 SEK eller 79 000 SEK (jämförelse av hela produktgruppen Rygg). Bolaget menar att utvärderingsmodellen ska utgöra en faktisk applicerbar modell där värdena ska stå i paritet till modellen, oavsett om anbudssumman anges som "paketpris", "typoperationer" eller "totalvärde". Eftersom Landstinget har arbetat med utgångspunkt från analys av "typoperation" är det utifrån denna modellen ska användas.

4. Utvärdering av position 6 – främre cervikal fixation

Landstinget har på denna position ett börkrav om att "den cervikala plattan bör ha låg profil". Detta börkrav har tilldelats börkravstillägg "0-100 procent" beroende på plattans tjocklek. Bolaget bad under förfrågningsperioden att Landstinget skulle specificera nivån på "låg profil" i enlighet med vad de gjort på andra positioner där låg profil angetts i millimeter. Svaret var dock att "Någon exakt gräns för vad som är låg finns inte, men kan användas som jämförelse mått och innebär en fördel mellan i övrigt

likvärdiga implantat". När man sätter poängrelaterade kriterier, anser Bolaget att det tydligt måste anges vad som avses, då man i annat fall riskerar en mycket godtycklig bedömning samt att det ej blir transparent.

- a) Platta från Globus (Providence) har tjocklek 2.3 millimeter.
- b) Platta från Johnson & Johnson (Skyline) har tjocklek 2.5 millimeter.
- c) Platta från Medtronic (Atlantis) har tjocklek 3.0 millimeter.
- d) Referens - Platta från Bolaget (CSLP) har tjocklek 2.0 millimeter.

Bolaget ifrågasätter att samtliga leverantörer har fått "100 procent" börkravtillägg i utvärderingsprotokollet trots att de offererade plattorna har klart olika tjocklek (skiljer upp till 50 procent). Bolagets platta är den absolut tunnaste på marknaden. Man har med andra ord inte jämfört detta korrekt. Bolaget hävdar vidare att man ska hantera även detta genom att använda sig av ovan nämnda uppräkningsstalsmodell på ett korrekt sätt. Modellen skulle i detta sammanhang användas med cirka en procent av i modellen angivna tal. Således skulle ett uppräkningsstal vara cirka 67,50 i förhållande till de i de olika anbuden givna priserna. Bolaget anför därmed att med korrekt uppräkningsstal skulle ett prispåslag avsevärt ändra rangordningen mellan anbuden, och att Landstinget därför måste fullfölja bedömningen av vilka anbud som uppfyller börkravet, annars kan Bolaget lida skada.

5. Sammanfattning

Bolaget är av uppfattningen att Landstinget bryter mot LOU avseende transparens enligt punkten 3 ovan (Generellt – Utvärdering av anbud). Vidare anser Bolaget att det finns sådana brister i upphandlingens genomförande och utvärdering att Bolaget riskerar att lida skada.

Ett konstaterande i sammanhanget är att Landstinget tidigare (maj 2011) sänt ut en anbudsfrågan avseende exakt samma produktområde som man sedan själva avbröt (oktober 2011) med hänvisning till att ”*förfrågningsunderlaget är otillräckligt i avseende att uppnå jämförbara anbud*”. Det konstateras dock av Bolaget att när den nya förfrågan publicerades användes i princip exakt samma underlag och Landstinget har inte ens rättat alla felaktigheter som uppdagades i den första (avbrutna) anbudsfrågans ”Frågor & Svar”.

Landstinget

Inget brott mot LOU har begåtts varvid Landstinget anser att det saknas grund för bifall till Bolagets ansökan.

1. Position 7 – bakre fixation – skruvvinkel 45 grader runt hela skruven.

På denna anbudsposition har Landstinget tilldelat tre anbudsgivare ramavtal (Medtronic, K2M och Zimmer). Bolagets anbud har efter anbudsutvärdering här rangordnats som nummer sex. Bolaget anser att fyra anbud ska förkastas pga. icke uppfyllnad av obligatoriskt s.k. skall-krav. Kravet ifråga återfinns i kravspecifikationen för aktuell anbudsposition och är formulerat: ”*Skruvarna ska vara multiaxiala med möjlighet till minst 45 graders vinkling*”.

Under tiden för anbudsgivning inkom Bolaget med en fråga om kravet gällde runt hela skruven, varvid Landstinget svarade jakande. Utifrån Bolagets ansökan om överprövning kan Landstinget konstatera att de uppenbarligen missförstått frågan. Skall-kravets innebörd är inte såsom Bolaget gör gällande, även om Landstinget kan förstå att Bolaget uppfattat svaret så. Landstinget vitsordar att det bara får godkänna anbud som uppfyller de obligatoriska kraven (skall-krav). Vare sig i skall-kravet eller någon annan-

stans i förfrågningsunderlaget anges att kravet gäller runt hela skruven. Bolaget synes mena att Landstinget genom dess svar på den fråga som Bolagets ställde under anbudstiden ändrat innebörden av aktuellt skall-krav, vilket inte stämmer. Landstingets uppfattning styrks av det faktum att de godkända produkterna från de fyra anbudsgivare vars anbud Bolaget anser ska förkastas samt det faktum att den produkt som idag används av Landstinget är en av de produkter som Bolaget påstår inte uppfyller Landstingets krav. Bolaget påstår, men har överhuvudtaget inte visat, att produkterna i de antagna anbuden inte uppfyller kravet om 45 graders vinkling.

Det kan noteras att den produkt Bolaget erbjuder på anbudsposition 7 uppfyller ställda skall-krav, men att anbudet prismässigt inte kunnat matcha de anbud som placerat sig bättre i anbudsvärderingen. Bolaget har således inte lidit skada eller riskerat att lida skada i LOU:s mening av det svar Bolaget fick under tiden för anbudsgivning.

2. Position 7 – bakre fixation – priser i typoperation.

Bolaget gör gällande att två anbud, varav ett (K2M) tilldelats ramavtal, avseende rubricerad anbudsposition innehåller sådana brister att de inte ska anses uppfylla ställda skall-krav och därmed förkastas.

- a) Biomet – Landstinget har efter förnyad granskning av Biomet's anbud funnit att det innehåller fel på så sätt att vissa komponenter i det materialsystem som Biomet offererat förefaller inte ha tagits med i offererat pris. Därtill förefaller även några priser avvika från listpris på ett märkligt sätt (närmast till hands verkar ligga att Biomet dragit av rabatt på vissa komponenter två gånger). Huruvida Biomet's anbud mot bakgrund härav bryter mot skall-krav eller inte kan diskuteras, men anbudet har i vilket fall vid anbudsvärderingen erhållit för låg utvärderingssumma. Dock lider inte Bolaget någon skada härav då Biomet's anbud rangordnats som nummer fem

och Bolagets anbud som nummer sex vilket innebär att om anbuden byter plats med varandra så tilldelas Bolaget fortfarande inget ramavtal.

- b) K2M – Bolaget hävdar felaktigt att två stag är ett skall-krav. I prisbilden är förfyllt vissa typer av ingående komponenter och antal av dessa för de materialsystem som anbudsgivarna offererar. Dock har olika anbudsgivare olika utföranden på sina materialsystem varvid ingående komponenter skiljer sig mellan anbuden. Av ”Frågor & Svar” under anbudstiden framgår detta och att de offererade materialsystemen därför inte alltid stämmer med den förfyllda prisbilagan. Vidare har förtydligats att det är upp till respektive anbudsgivare att specificera ingående komponenter i det materialsystem denne offererar.

Oavsett om Biomets och/eller K2M:s anbud innehåller sådana brister vad gäller ifyllande av prisbilaga att de borde ha förkastats, vilket bestrids av Landstinget, eller räknas upp pga. saknade komponenter, lider inte Bolaget någon skada då det som bäst skulle kunna rangordnas som fjärde anbud vilket innebär att Bolaget inte tilldelas ramavtal.

3. Generellt - Utvärdering av anbud

Förfrågningsunderlaget anger att tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (för alla anbudspostitioner utom en som tilldelas enligt lägsta pris). Vidare anges att utvärderingskriterierna framgår av förfrågningsunderlaget. Slutligen anges att en beskrivning av utvärderingsmodellen bifogas förfrågningsunderlaget. Denna beskrivning, som Bolaget har bifogat till ansökan om överprövning, har ingen som helst koppling till just denna upphandling utan är en generell beskrivning av en i upphandlingssammanhang vedertagen utvärderingsmodell innehållande ett exempel för hur modellen fungerar. Aktuellt dokument är för övrigt författat av företaget VismaOpic AB, som tillhandahåller upphandlingsverktyget TendSign,

och torde med exakt samma siffror finnas med som exempel i ett otal upphandlingar i Sverige. Att dokumentet utgör en generell beskrivning av modellen torde även framgå för anbudsgivarna av det faktum att dokumentet anger tre fiktiva anbud som uppfyller s.k. börkrav i en omfattning om 60, 80 respektive 100 procent. Såsom framgår för anbudsgivarna i kravspecifikationen för respektive anbudspostion så kan kraven i samtliga fall utom ett endast uppfyllas eller inte uppfyllas, dvs. 0 procent eller 100 procent uppfyllnad (för en anbudspostion finns det två börkrav varvid uppfyllnadsgraden på den anbudspostionen kan vara 0 eller 33,33 eller 66,67 eller 100 procent uppfyllnad). Bolaget anger att beskrivningsdokumentet innehåller ett "typoperations-/paket pris" om cirka 500 000 SEK. Landstinget vill påpeka att det inte någonstans i aktuellt dokument är nämnt något om pris för typoperation eller paket av produkter. Utöver vad som tidigare angetts kan upplysas om att verkliga "typoperations-/paket pris" i förevarande upphandling ligger mellan cirka 2 500 SEK och 80 000 SEK beroende på anbudspostion till styrkande av att beloppen i aktuellt dokument inte har någon koppling till aktuell upphandling, utan endast utgörs av exempel. Landstinget bifogar vidare ett intyg från VismaOpic AB som styrker att beloppen i den till förfrågningsunderlaget bilagda beskrivningen av utvärderingsmodellen inte har någon koppling till denna upphandling.

Vidare hävdar Bolaget att det prispåslag som åsätts anbud vid icke-uppfyllnad av börkrav borde vara högre. Här konstaterar Landstinget att de har en mycket stor frihet att fastställa vilka utvärderingskriterier som ska läggas till grund för tilldelning av ramavtal samt deras viktning. Denna frihet är grundläggande och fullständig så länge den inte bryter mot LOU eller de principer som bär upp LOU samt att EU-rätten inte träds förnär. Landstinget har i denna upphandling lagt högst vikt vid kriteriet pris.

4. Utvärdering av position 6 – främre cervikal fixation

På denna anbudsposition har Landstinget tilldelat tre anbudsgivare ramavtal (Ossano Scandinavia AB, Medtronic samt Johnson & Johnson AB).

Såsom Bolaget angett lämnades redan under tiden för anbudsgivning svaret att Landstinget inte kunde precisera någon exakt gräns för "låg profil" på denna anbudsposition (och ytterligare en annan anbudsposition), men att en låg profil kunde utgöra en fördel mellan i övrigt likvärdiga implantat. Vid anbudsutvärderingen upptäckte Landstinget att offererade priser skilde sig så pass mycket mellan de olika anbuden (de var således inte likvärdiga) att prispåslag inte ändrar rangordningen mellan anbuden (förutom mellan anbud nummer sju och åtta vilka ändå inte kan bli aktuella för tilldelning). Således fyllde det ingen funktion att fullfölja bedömningen av vilka anbud som uppfyllde börkravet.

Bolagets anbud har på denna anbudsposition hamnat på fjärdeplats. Om Bolaget inte åsätts prispåslag, samtidigt som de tre anbud som återfinns på plats ett till tre fortsatt åsätts prispåslag, stannar Bolagets anbud kvar på en fjärdeplats, dvs. utfallet av anbudsutvärderingen ändras inte. För det fall förvaltningsrätten finner att Landstinget borde ha fullföljt anbudsutvärderingen genom att bedöma vilka anbud som skulle anses uppfylla aktuellt börkrav så innebär en sådan brist i handläggningen i vilket fall inte att Bolaget lidit eller riskerat att lida någon skada.

5. Sammanfattning

Det är riktigt som Bolaget påpekat att Landstinget år 2011 avbrutit tidigare upphandling av motsvarande upphandlingsföremål. Skälet till avbrytandet var att prisbilagornas utformning omöjliggjorde en rättvisande jämförelse av olika anbud, vilket av naturliga skäl uppdagades först när anbuden läm-

nats in. I princip handlade det om att Landstinget inte varit tydligt med att de system som offererades skulle vara kompletta. Således kunde ett anbud innehålla ett komplett system på en position samtidigt som ett annat anbud innehöll ett system till vilket man var tvungen att köpa till komponenter. Naturligtvis var då systemen inte jämförbara trots att båda anbuden var lämnade i enlighet med kravställningen i förfrågningsunderlaget. Detta har rättats till inför förevarande upphandling.

Bolaget har i ansökan om överprövning inte visat att upphandlingen bryter mot LOU eller att det finns sådana brister i upphandlingens genomförande att Bolaget har lidit eller riskerat att lida skada, vilket är en förutsättning för ingripande enligt LOU. Det finns således ingen grund för förvaltningsrätten att besluta om rättelse på det sätt som Bolaget yrkar. Vidare menar Landstinget att även om förfrågningsunderlaget i något avseende kunnat vara tydligare är det inte behäftat med sådana brister att det inte kan accepteras, jfr RÅ 2002 ref. 50. Bolaget har inte åberopat någon grund för yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Medtronic AB

Medtronic bestrider Bolagets påstående att Medtronic inte uppfyller skallkravet under punkten 7.1.2. i anbudsförfrågan avseende minst 45 graders vinkling av skruvarna runt hela skruven. Medtronic uppfyller kravet till denna position då Medtronics system *Vertex Max* har en Multi Axial skruv som kan vridas 360 grader runt i förhållande till skruvens kärna = fixeringspunkt. Medtronic menar dessutom att med denna unika design så ges bättre anpassningsmöjlighet för användarna då skruvar i samtliga diametrar, allmänna och kanylerade, uppfyller detta krav.

Tilläggas kan också att Bolaget skriver i sin inlaga att Bolagets system *Synapse* har en vinkel på 50 grader i alla plan runt hela skruven. De fakta

som Medtronic tagit del av gällande Bolaget ger att detta inte stämmer då Bolagets system endast klarar detta för skruvar med diametern 3,5 samt 4,0 millimeter (Medtronic hänvisar här till bilagerad broschyr avseende Bolagets produkter).

Vad avser positionen "Utvärdering av position 6 – främre cervikal fixation" så hävdar Bolaget att plattan *Atlantis* från Medtronic har en tjocklek på 3,0 millimeter. Medtronic dementerar denna uppgift då detta inte är korrekt. *Atlantis* har en tjocklek av 2,5 millimeter, dvs. absolut dorsal höjd på plattan, både med variabel och med Fixed Angle Screws skruvar. Detta verifieras av ett bilagerat Memorandum författat av chefen för produktutveckling samt marknadsföringschefen på Medtronic.

Tilläggas kan att Bolagets *CSLP Classic plate* har 2 millimeters höjd, men endast med Fixed Angle Screws skruvar. Med variabla skruvar ska *CSLP* användas som har en höjd av 2,5 millimeter. I Bolagets material angående *CSLP* definieras deras platta med en höjd av 2-2,5 millimeter.

Medtronic yttrar sig endast över de produktrelaterade påståendena från Bolaget. Den kliniska utvärderingen av uppfyllda skall-krav kommenteras inte då det ligger på den upphandlande enheten att bedöma dessa.

Zimmer

1. Position 7 – bakre fixation – skruvvinkel 45 grader runt hela skruven

Bolaget påstår i sitt överklagande att Zimmers *Minisystem* är detsamma som *NexLink* och därför inte uppfyller skall-kravet om 45 graders vinkling. Detta påstående är helt felaktigt eftersom *NexLink* som offererats är ett helt annat system. Zimmer har på position 7 i upphandlingen till Landstinget offererat *NexLink* och inte *Minisystem*. *NexLink* uppfyller alla ställda krav

under position 7 inklusive skall-kravet på 45 graders vinkel runt hela skruven. Följande finns att läsa i bifogad produktbroschyr;

"NexLink features include:

- *Polyaxial screws offering a 65-degree conical range of motion and generous 6 mm offset, reducing the need for rod contouring"*

Bolagets genmäle

1. Position 7 – bakre fixation – skruvvinkel 45 grader runt hela skruven

Att Medtronics skruv kan vridas 360 grader förändrar inte det faktum att skruvens vinkel endast är 45 grader i tre riktningar och 30 grader i alla vinklar/plan.

Bolagets *Synapse* 3,5 och 4,0 millimeter skruvar används till bakre cervikal fixation och har en vinkel på 50 grader i alla plan runt hela skruven (360 grader). Detta möjliggör C1 – C2 fixation med Magerl teknik och erbjuder alternativ till olika variationer i patienters anatomi.

De skruvar som Medtronic refererar till, som inte uppnår 50 graders vinkel, är 4,5 millimeter skruvar (40 grader vinkel) som används till övre bröstryggen.

Zimmer hänvisar till "65-degree conical range of motion". Detta utgör skruvens totala rörelseintervall och inte skruvens vinkel. Skruvens vinkel är 32 grader.

Bolaget vidhåller allt som anförts och yrkats i tidigare yttranden gällande denna position.

Nej
Cervikala stag skall enkelt kunna förlängas eller kopplas ihop med thorakala stag respektive occipitocervikal fixation. (Ja/Nej svar)

Ja
Kravgräns

Nej
Implantaten bör ha låg profil. (Ja/Nej svar)

100 Ja
0 Nej
Occipitocervikal platta bör möjliggöra varlabel position, trots fasta skruvlägen. (Ja/Nej svar)

Ja
Nej

Dokumentet Frågor & Svar

Fråga från Bolaget under anbudstiden avseende skall-krav om minst 45 graders vinkling av skruvarna, och då även runt hela skruven, (360 grader).



Publik fråga

Från: Per Staaf/Östergötlands läns landsting

Datum: 2012-02-16 15:17

Till: Alla

Kravspecifikation 7 Bakre fixation Inklusiv fixation till occiput – punkt 7.1.2 tredje raden "Skruvarna skall vara multiaxiala med möjlighet till minst 45 graders vinkling."

- Avser detta vinkeln runt hela skruven (360°)? Vänligen förtydliga och specificera hur ni kommer att göra bedömningen.

Publikt svar

Från: Per Staaf/Östergötlands läns landsting

Datum: 2012-02-16 15:17

Till: Alla

Ja, detta avser vinkeln runt hela skruven.

Lagtext m.m.

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

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt lagens 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av RÅ 2002 ref 50 framkommer bl.a. följande. 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 lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när. Vidare anförde Högsta förvaltningsdomstolen (f.d. Regeringsrätten) bl.a. att LOU inte ger närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. I kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

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).

1. Position 7 – bakre fixation – skruvvinkel 45 grader runt hela skruven.

Bolaget har anført att det under punkten 7.1.2 i anbudsfrågan kravspecifikation har ställts skall-krav avseende minst 45 graders vinkling av skruvarna, och då även runt hela skruven (360 grader). Enligt Bolaget har detta krav även ytterligare förtydligats i dokumentet ”Frågor & Svar”. Bolaget menar vidare att Landstinget inte har beaktat detta när de valde leverantörer för denna anbudsposition.

Rätten finner att det mot bakgrund av formuleringen i punkt 7.1.2 i förfrågningsunderlaget, samt det svar som Bolaget erhöll från Landstinget under anbudstiden avseende kravet på skruvarnas vinkling, får anses ha ställts ett skall-krav avseende minst 45 graders vinkling av skruvarna runt hela skruven (360 grader) som Bolaget har anført. Landstinget har genom sitt svar i dokumentet ”Frågor & Svar” preciserat skall-kravets innebörd och detta måste anbudsgivarna kunna lita på. Frågan är mycket precist

formulerad och rätten anser inte att Landstinget kunnat missförstå vad Bolaget menat.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Kraven måste vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Av Kammarrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 framgår att det enligt likabehandlingsprincipen åligger upphandlande myndigheter att även beakta sådana uppgifter om bristande uppfyllelse av skall-krav som blivit kända först i samband med en överprövningsprocess.

Mot bakgrund av ovan anförda finner rätten att Landstinget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att anta anbud från Medtronic och Zimmer under denna anbudsposition. Bolagets anbud har efter anbudsutvärdering här rangordnats som nummer sex. Bolaget har anført att fyra leverantörer inte uppfyller ifrågavarande skall-krav, vilket medför att Bolaget vid en ny anbudsutvärdering skulle kunna tilldelas ramavtal. Det faktum att Landstinget brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU på angivet sätt, kan därmed anses ha medfört eller komma att medföra att bolaget lidit eller kommer att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

2. Position 7 – bakre fixation – priser i typoperation.

Bolaget gör gällande att två anbud avseende denna anbudsposition, K2M och Biomet, innehåller sådana brister att de inte ska anses uppfylla de ställda skall-kraven och därmed bör förkastas.

Landstinget vidgår efter förnyad granskning av Biomets anbud att det innehåller fel på så sätt att vissa komponenter i det materialsystem som Bio-

met offererat förefaller inte ha tagits med i offererat pris och att anbudet därmed vid anbudsutvärderingen har erhållit för låg utvärderingssumma.

Vad avser K2M:s anbud motsätter sig Landstinget att det är ett skall-krav att erbjuda två stag och att detta anbud därför uppfyller de i upphandlingen ställda skall-kraven för denna anbudsposition.

Rätten finner att Biomets anbud innehåller sådana brister vad gäller ifyllande av prisbilaga att det borde ha förkastats, men anser i likhet med Landstinget att det inte ska anses vara ett skall-krav enligt förfrågningsunderlaget att erbjuda två stag. Det faktum att Biomets anbud inte uppfyller skall-kraven rubbar emellertid inte det inbördes förhållandet mellan Bolaget och K2M, som har tilldelats ramavtal på aktuell anbudsposition, då Bolaget som bäst skulle kunna rangordnas som fjärde anbud. Det faktum att Landstinget brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU på angivet sätt, kan därför inte anses ha medfört eller komma att medföra att Bolaget lidit eller kommer att lida skada. Därmed saknas förutsättningar för att besluta om åtgärd i enlighet med 16 kap. 6 § LOU.

3. Generellt - Utvärdering av anbud

Under denna punkt har Bolaget gjort gällande att det i förfrågningsunderlaget hänvisas till en bilaga "Modell uppräkningsstal SEK" i de fall där kvalitetstillägg (börkrav) finns med som en del i utvärderingen av produktgrupperna och att denna bilaga har tillämpats på ett felaktigt vis av Landstinget. Vidare yrkar Bolaget att uppräkningsstalet ska ändras/göras om för att reflektera typoperations-/paket priset enligt bilagan så att detta får ett jämförbart relationstal. Landstinget menar dock att denna bilaga är en i upphandlingssammanhang vedertagen utvärderingsmodell innehållande ett exempel för hur modellen fungerar. Aktuellt dokument är författat av företaget VismaOpic AB, som tillhandahåller upphandlingsverktyget Tend-

Sign, och finns enligt Landstinget med som exempel i ett otal upphandlingar i Sverige. Landstinget anför vidare att det borde framgå för anbudsgivarna att dokumentet endast utgör en generell beskrivning av modellen då dokumentet anger tre fiktiva anbud som uppfyller s.k. börkrav i en omfattning om 60, 80 respektive 100 procent och att det i upphandlingen framgår att kraven i samtliga fall utom ett endast kan uppfyllas eller inte uppfyllas, dvs. 0 procents eller 100 procents uppfyllnad. För en anbudspostition i upphandlingen finns det dock två börkrav varvid uppfyllnadsgraden på den anbudspostitionen kan vara 0 eller 33,33 eller 66,67 eller 100 procents uppfyllnad.

Vad avser det prispåslag som åsätts anbud vid icke-uppfyllnad av börkrav anför Landstinget att de har en mycket stor frihet att fastställa vilka utvärderingskriterier som ska läggas till grund för tilldelning av ramavtal samt deras viktning. Denna frihet är grundläggande och fullständig så länge den inte bryter mot LOU eller de principer som bär upp LOU samt att EU-rätten inte träds förnär. Landstinget har i denna upphandling lagt högst vikt vid kriteriet pris.

Rätten finner att det framgår av bilagan "Modell uppräkningsstal SEK" som hänvisats till i förfrågningsunderlaget att den endast utgör en generell beskrivning av modellen. Det har även framkommit i målet att denna bilaga är en vedertagen utvärderingsmodell som återfinns i flertalet upphandlingar i Sverige. Landstinget är således inte bundet av de exakta siffror avseende t.ex. uppräkningsstal som anges i exemplet i bilagan. Att det kunde framgått tydligare i förfrågningsunderlaget att bilagan endast utgör en generell beskrivning av hur modellen fungerar medför inte att Landstinget har förfarit på ett sådant sätt avseende utvärderingen av anbud att det skulle strida mot de grundläggande principerna enligt LOU. Ett inte optimalt utformat förfrågningsunderlag så som i detta fall får godtas under förutsättning att de

principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref 50).

4. Utvärdering av position 6 – främre cervikal fixation

Landstinget har på denna position ett börkrav om att "den cervikala plattan bör ha låg profil". Detta börkrav har tilldelats börkravstillägg "0-100 procent" beroende på plattans tjocklek. När man sätter poängrelaterade kriterier, anser Bolaget att det tydligt måste anges vad som avses, då man i annat fall riskerar en mycket godtycklig bedömning samt att det ej blir transparent. Bolaget ifrågasätter att samtliga leverantörer har fått "100 procent" börkravtillägg i utvärderingsprotokollet trots att de offererade plattorna har klart olika tjocklek (skiljer upp till 50 procent). Bolaget hävdar vidare att man ska hantera även detta genom att använda sig av ovan nämnda bilagan "Modell uppräkningsstal SEK" på ett korrekt sätt. Uppräkningsstalsmodellen skulle i detta sammanhang användas med cirka en procent av i modellen angivna tal. Således skulle ett uppräkningsstal vara cirka 67,50 i förhållande till de i de olika anbuden givna priserna. Bolaget anför därmed att med korrekt uppräkningsstal skulle ett prispåslag avsevärt ändra rangordningen mellan anbuden, och att Landstinget därför måste fullfölja bedömningen av vilka anbud som uppfyller börkravet, då Bolaget annars kan lida skada.

Landstinget anför att under tiden för anbudsgivning meddelades Bolaget att Landstinget inte kunde precisera någon exakt gräns för "låg profil" på denna anbudsposition (och ytterligare en annan anbudsposition), men att en låg profil kunde utgöra en fördel mellan i övrigt likvärdiga implantat. Vid anbudsutvärderingen upptäckte Landstinget dock att offererade priser skilde sig så pass mycket mellan de olika anbuden (de var således inte likvärdiga) att prispåslag inte skulle ändra rangordningen mellan anbuden (förutom mellan anbud nummer sju och åtta vilka ändå inte kan bli aktuella för tilldelning). Således ansåg Landstinget att det inte fyllde någon funkt-

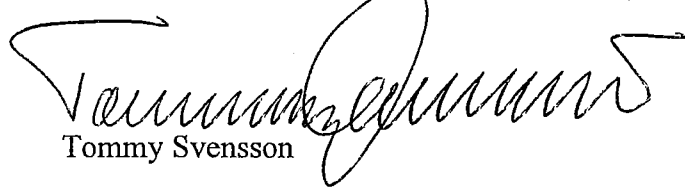
ion att fullfölja bedömningen av vilka anbud som uppfyllde börkravet. Landstinget uppger vidare att Bolagets anbud på denna anbudposition har hamnat på en fjärdeplats och att situationen är den att även om Bolaget inte skulle åsättas något prispåslag, samtidigt som de tre anbud som återfinns på plats ett till tre fortsatt åsätts prispåslag, stannar Bolagets anbud kvar på en fjärdeplats, dvs. utfallet av anbudsutvärderingen ändras inte.

Rätten konstaterar, mot bakgrund av det anförda, att Landstinget har frångått det preciserade innehåll man givit aktuellt börkrav i dokumentet "Frågor & Svar" när man poängsatt anbud under rubricerad anbudposition och har därmed handlat i strid med principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Då Bolagets anbud dock kommer att kvarstanna på en fjärdeplats under denna anbudposition oavsett om Bolagets prispåslag skulle tas bort och de andra anbudsgivarna fortsatt skulle åsättas börkravstillsäg kan inte det faktum att Landstinget brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU på angivet sätt anses ha medfört eller komma att medföra att Bolaget lidit eller kommer att lida skada. Därmed saknas förutsättningar för att besluta om åtgärd i enlighet med 16 kap. 6 § LOU.

Sammanfattning

Rätten finner att det endast finns förutsättning att besluta om åtgärd i enlighet med 16 kap. 6 § LOU under punkten 1 "*Position 7 – bakre fixation – skruvvinkel 45 grader runt hela skruven*". Rätten har i denna situation att välja mellan att upphandlingen ska göras om eller rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47). Eftersom felet inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, är en rättelse möjlig och tillräcklig åtgärd.

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



Tommy Svensson

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



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 uppgive 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