



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2011-03-10  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
3822-11  
Enhet 17

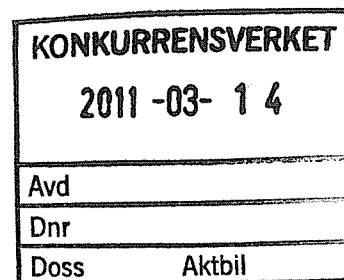
**SÖKANDE**

Biomet Orthopaedics AB, 556312-5342  
Forskaregatan 1  
275 37 Sjöbo

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind  
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg  
Box 11920  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Stockholms läns landsting  
Upphandlingsenheten  
Box 6401  
113 82 Stockholm

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller Biomet Orthopaedics AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen i den del den avser produktgrupp 7, Höft- och knäproteser, ska göras om.

## BAKGRUND

Stockholms läns landsting (landstinget) genomför en upphandling gällande skelettimplantat avseende ortopediska, spinal, facial och kraniofacial kirurgi, SLL584, LS 0707-0767 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs som öppet förfarande. Den omfattar implantat till ett ungefärligt värde av 520 miljoner kronor under fyra år.

Anbudstiden löpte ursprungligen ut den 21 februari 2011 men landstinget beslutade samma dag att förlänga anbudstiden till den 3 mars 2011.

Förvaltningsrätten beslutade den 22 februari 2011 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas innan annat har beslutats. Efter yttrande från Biomet Orthopaedics den 4 mars samma år har förvaltningsrätten samma dag upphävt det interimistiska beslutet i de delar det inte avser produktgrupp 7, Höft- och knäproteser.

## YRKANDEN M.M.

Biomet Orthopaedics AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om i den del den avser produktgrupp 7, höft- och knäproteser. I andra hand yrkar bolaget att anbudstidens utgång ska skjutas fram till dag som rätten finner lämpligt.

Till stöd för yrkandena anför **bolaget** i huvudsak följande. Landstingets utvärderingsmodell är otydlig. Det är inte möjligt att förutse hur utvärderingen kommer att gå till och således vad landstinget tillmäter betydelse. Förfrågningsunderlaget tillskapar landstinget en fri prövningsrätt, vilket gör att upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Genom bristerna i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

förfrågningsunderlaget riskerar bolaget att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt.

Av anbudsintjudan framgår att beräkning av priser sker beträffande de produktpaket som satts samman av landstinget. Differentierade priser skulle enligt anbudsintjudan lämnas, baserat på produkternas ytterdiameter. Prissättningsstrukturen innebar ett omfattande arbete för leverantörerna. Beträffande produktgrupp 7, höft- och knäproteser, hade 18 produktpaket satts samman av landstinget. Förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen har förändrats vid olika tillfällen. Bestämmelsen i anbudsintjudan att anbud ska lämnas per hel produktgrupp har efter synpunkter från flera leverantörer utgått. Landstinget har den 15 februari 2011 genomgripande förändrat utvärderingsmodellen för produktgrupp 7, höft- och knäproteser. De 18 produktpaketen med differentierade priser utgår från utvärdering och ersätts beträffande knäprotes med tre standardprodukter samt avseende höftrevision med en standardprodukt. Den nya utvärderingsmodellen medför att endast priser beträffande ett fåtal produkter utvärderas. Den stora merparten av efterfrågade produkter jämförs inte prismässigt. Förändringen ändrar fullkomligt tillvägagångssättet att lämna anbud. I praktiken införs en helt ny utvärderingsmodell kort tid innan anbudstidens utgång. Beslutet medför också att flera osäkerhetsmoment tillkommer i utvärderingen. En sådan modell säkerställer inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och medför inte heller att anbud kan jämföras. Den nya utvärderingsmodellen innebär eventuellt att viktningsskriterierna frångås, vilket i sig är otillåtet i sådan utsträckning att upphandlingen ändrar karaktär till en ren prisupphandling. Landstinget har skapat sig en fri rätt att från en leverantör utvärdera den dyrare av två likvärdiga produkter och från en annan den billigare av två likvärdiga produkter. Detta strider mot likabehandlingsprincipen. Beslutet är vidare fattat utom en skälig tidsram och efter den

tidpunkt då landstinget inte längre är skyldigt att lämna kompletterande upplysningar till leverantörer.

**Landstinget** bestrider yrkandena och gemälar bl.a. följande.

Upphandlingen har utförts korrekt och bolaget varken lider eller riskerar att lida någon skada. Anbudstiden gällande produktgrupp 7 har förlängts till den 3 mars 2011 för att landstinget ska kunna besvara frågor angående ändringarna i prisutvärderingsmodellen. Enligt den nya formuleringen i anbudsinvjudan ska anbud avseende bl.a. produktgrupp 7 lämnas *per hel produktgrupp eller per helt produktområde*. I praktiken utvidgas alltså tillämpningen av ska-kravet. Kravet i fråga ansågs inledningsvis av leverantörerna som antingen för högt ställt eller oproportionellt vad gäller bl.a. produktgrupp 7. Landstinget instämde i denna bedömning och i syfte att tillvarata konkurrensen på marknaden och inte handla i strid med principen om likabehandling gjorde man därför bedömningen att en rättelse innebärande en justering av ska-kravet avseende bl.a. produktgrupp 7. Motiveringen bakom dessa ändringar vara att ge anbudsgivarna en ökad frihet i valet av utformning av sina anbud. Ändringarna var sakligt grundade och till anbudsgivarnas fördel eftersom de efter ändringen kan lämna anbud på fler områden samt möjliggör också anbud från små och medelstora leverantörer. Ändringarna meddelades tidigt under anbudstiden. Eftersom samtliga leverantörer tydligt uppmärksammats på ändringarna är kraven på likabehandling och transparens uppfyllda. Ändringarna kan inte, med beaktande av upphandlingens totala omfattning, inte anses vara väsentliga och har inte avsevärt påverkat upphandlingen. Upphandlingen är komplex, och det måste därför finnas ett visst utrymme för upphandlande myndighet att justera förfrågningsunderlaget under upphandlingens gång under förutsättning att de gemenskapsrättsliga principerna inte åsidosätts. Bolagets invändningar gällande förändringen av utvärderingsmodellen, att den ändrar tillvägagångssättet att lämna anbud och att den införts mycket kort tid före anbudstidens utgång, är delvis befogade. Landstinget vill

därför se över utvärderingsmodellen och renodla och förbättra den samt avser förlänga anbudstiden avseende produktgrupp 7 ytterligare. Angående bolagets farhågor om att landstinget skulle ha tillskapat sig fri prövningsrätt så framgår det av landstingets förtydligande i dokumentet *Frågor och svar 11* att om en anbudsgivare offererar flera produkter för samma ändamål inom samtliga offererade produkter inom produktgrupp 7, Höft- och knäproteser, kommer samtliga offererade produkter att utvärderas. Landstinget har således inte någon fri prövningsrätt.

**Bolaget** genmäler och anför i huvudsak att landstingets förtydligande i *Frågor och svar 11* om att samtliga produkter kommer att utvärderas inte enligt nuvarande utvärderingsmodell innebär att de alla kommer att utvärderas avseende pris.

### DOMSKÄL

Frågan i målet är om de förändringar av förfrågningsunderlaget som tillkännagavs den 15 februari 2011 var väsentliga och om landstinget genom att inte avbryta upphandlingen gällande produktgrupp 7 har brutit mot principerna om öppenhet och likabehandling. Om dessa förändringar är att anse som väsentliga kan det finnas skäl för ingripande enligt 16 kap, 2 § LOU. För att det ska kunna ske krävs dock att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av dessa förändringar.

Om den upphandlande enheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantör lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet är således inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att innan anbudens ges in klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågnings-

underlaget. Detta under förutsättning att det inte är fråga om väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. För att den upphandlande myndigheten ska tillgodose bl.a. öppenhetsprincipen i LOU är det, vid väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget, normalt inte tillräckligt att hantera dessa förändringar som kompletteringar/ tillägg inom ramen för den pågående upphandlingen. I stället bör den pågående upphandlingen avbrytas och en ny upphandling äga rum.

Förfrågningsunderlagets utformning är styrande för den upphandlande enhetens agerande, eftersom enheten normalt inte under upphandlingens gång kan förändra ett bristfälligt förfrågningsunderlag, utan i dessa fall måste avbryta upphandlingen och göra om den, i vart fall om förändringarna är av väsentlig karaktär, vilket alltid är fallet om ändringarna rör s.k. ska-krav (Konkurrensverkets granskningsrapport om Länsrättemas domar om offentlig upphandling, 2007:2, s. 58).

I landstingets förfrågningsunderlag daterat den 19 oktober 2010, bilaga 5 *Prisbilaga för utvärdering* framgår att ”pris för utvärdering ska lämnas per produktgrupp enligt nedanstående. Anbudsgivaren ska ange storlekar, varianter, material, modeller och priser som ingår i paketen”. För den i målet aktuella produktgrupp 7, Höft- och knäproteser anges i avsnitt 12.7 i samma bilaga att priser ska lämnas för 19 olika kombinationer av implantat och tillbehör till dessa. Av landstingets *Komplettering 5 bilaga 5 Prisbilaga för utvärdering* daterad den 15 februari 2011 framgår att ”prisuutvärderingen för produktgrupp 7, Höft- och knäproteser, ändras från jämförelse av prisrange till jämförelse av pris på standardingrepp baserat på de vanligast förekommande protesstorlekarna” och att samtliga produktpaket för produktgrupp 7 utgår från utvärdering för att ersättas av att ”pris ska anges för” tre standardprodukter avseende knäprotes och en sådan för höftprotesrevision.

Enligt förvaltningsrättens mening är skillnaderna stora mellan prisutvärderingsmodellen i landstingets *Prisbilaga för utvärdering* som den var utformad före den 15 februari 2011 och som den är utformad enligt *Komplettering 5 bilaga 5 Prisbilaga för utvärdering* daterad den

15 februari 2011. Förändringarna i förfrågningsunderlaget kan ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att inge anbud med anledning av villkorens ursprungliga utformning, men som, om de hade haft kännedom om villkorens slutgiltiga utformning hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen gällande produktgrupp 7, Höft- och knäproteser. Förändringen måste därför anses vara väsentlig. För att inte bryta mot principerna om öppenhet och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU borde landstinget därför ha avbrutit upphandlingen avseende produktgrupp 7, Höft- och knäproteser och gjort om den.

När landstinget istället valde att fortsätta upphandlingen försattes bolaget i en situation där deras möjligheter att lämna anbud utifrån de nya förutsättningarna försvårades på ett sådant sätt att de måste anses ha lidit eller riskerat att lida sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför och förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen i den del som avser produktgrupp 7, Höft- och knäproteser ska göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga A (DV3109/1A LOU).



Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande i målet har varit Karin Thormann.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 var till 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 3109/1A LOU