

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**

Avd. 2

**DOM**

2016-10-04

Meddelad i Göteborg

Sida 1 (7)

Mål nr  
6892-16**SÖKANDE**Globus Medical Sweden AB, 556827-3113  
Lille Långenvägen 4  
441 63 AlingsåsOmbud: Arne Holm  
Adress, se ovan**MOTPART**Region Halland  
Box 517  
301 80 HalmstadOmbud: Ib Nilsson  
Adress, se ovan**SAKEN**Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig  
upphandling, förkortad LOU

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-10-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 433359

Postadress  
Box 53197  
400 15 GöteborgBesöksadress  
Sten Sturegatan 14Telefon  
031 - 732 70 00  
E-post: [forvaltningsrattenigoteborg@dom.se](mailto:forvaltningsrattenigoteborg@dom.se)  
[www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se](http://www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se)Telefax  
031 - 711 78 59Expeditionstid  
måndag-fredag  
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**  
2016-10-04Sida 2  
6892-16**BAKGRUND**

Region Halland (nedan regionen) genomför en upphandling av ortopediska implantat, dnr Ru150023. Av tilldelningsbeslut den 15 juni 2016 framgår att Globus Medical Sweden AB (nedan Globus) inte har komplett sortiment gällande typoperation R9 och inte kan bedömas avseende produktområde rygg. Det framgår vidare att andra leverantörer än Globus har vunnit upphandlingen.

**YRKANDEN M.M.**

**Globus** ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om alternativt att en ny utvärdering görs sedan kravet på att ha diskersättningsburar i tantalum eller likvärdigt har frånfallits såvitt avser typoperation R9. Globus anför i huvudsak följande.

Regionen har begärt in anbud avseende diskersättningsburar i tre olika material; PEEK, titan och tantalum. PEEK och titan finns i de flesta leverantörers sortiment. Tantalumimplantat finns däremot endast i Biomet/Zimmers sortiment. Detta material kallas för Trabecular Metal (nedan TM) och har specifika egenskaper. Det är trabekulärt, vilket innebär att det är upp till 80 procent ihåligt och ger möjlighet för ben att växa in i implantatet. Materialet har dessutom en elasticitetsmodul som är mycket nära det spongiösa benets. Dessa faktorer skiljer TM-produkter från övriga implantat. Titan har en påtagligt högre elasticitetsmodul och det finns inte många implantat i titan som har en porositet som är jämförbar med TM-implantat.

Globus har valt att avstå från att offerera en produkt på den aktuella positionen eftersom bolaget inte har något implantat som är likvärdigt med TM-implantat. Vingmed, Medtronic och Johansson & Johansson har istället

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**  
2016-10-04Sida 3  
6892-16

offererat titanimplantat, vilka rätteligen bör hänföras till kategorin titanimplantat. Vingmed har ett implantat som i vart fall eftersträvar samma porositet, men elasticitetsmodulen är inte likvärdig. Medtronic och Johnsson & Johnsson har offererat implantat som är mycket lika de produkter som bolagen har offererat som titanimplantat. Implantaten saknar följaktligen såväl porositeten som elasticiteten som TM-implantat har. De diskersättningsburar som Globus har offererat är mer likvärdiga tantalumimplantat än de implantat som Medtronic och Johnsson & Johnsson har offererat. Det kan även noteras att Biomet/Zimmer, som är det enda bolag som har de efterfrågade implantaten, inte har fått högre poäng i upphandlingen. Förhållandet att den enda leverantören av tantalumimplantat inte har bedömts vara bättre lämpad ger vid handen att upphandlingens krav på att leverera tantalumimplantat är onödigt och oproportionerligt. Kravet saknar samband med bakomliggande syfte då även implantat i annat material och med helt skilda egenskaper har godkänts. Kravet är alltför ingripande med tanke på att kravets syfte, enligt upphandlande myndighet, kan uppnås med andra material.

Det är vidare inte tillräckligt att ställa krav på ett implantat i tantalum eller likvärdigt utan att specificera vilka egenskaper som utgör grund för likvärdighetsbedömningen. I detta fall hade upphandlande myndighet kunnat utforma kravbilderna utifrån implantatets porositet och elasticitet för att undvika missförstånd. Endast i undantagsfall, då det är i princip omöjligt att på annat sätt beskriva den efterfrågade produkten, kan det vara godtagbart att hänvisa till visst material eller liknande (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 14 januari 2013 i mål nr 2685--2687-12 respektive den 13 juli 2012 i mål nr 1388-12 samt Kammarrätten i Stockholms dom den 9 november 2012 i mål nr 5037-12). För det fall upphandlande myndighet hade specificerat vilka egenskaper som efterfrågats hade Globus kunnat lämna anbud. Globus har lidit skada genom att ha förlorat möjligheten att teckna avtal på grund av upphandlingens bristfälligt utformade kravbild. Det

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**  
2016-10-04Sida 4  
6892-16

saknar därvid betydelse om Creditsafe AB inte har kunnat intyga bolagets kreditvärdighet samt att bolaget har missat några inbetalningar och deklARATIONER. Bolaget har korrigerat bristerna så snart felet upptäcktes och har nu registrerat en ny ledamot.

**Regionen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.**

Regionen har rätt att efterfråga implantat med de aktuella egenskaperna för att kunna utföra evidensbaserad och kostnadseffektiv vård. Regionen har lämnat öppet för konkurrens genom att även efterfråga implantat med likvärdiga egenskaper. Bolagets utförliga redovisning är säkerligen riktig, men upphandlingen skulle bli ohanterlig om det som bolaget anger skulle beaktas. Det kan noteras att det finns likvärdiga produkter. Kravet på tantalum eller likvärdigt strider sammanfattningsvis inte mot proportionalitetsprincipen.

Bolagets anbud har dessutom inte kunnat antas eftersom bolaget har underlåtit att offerera en artikel som har efterfrågats avseende typoperation R9. Det kan även noteras att bolaget uppger att det saknar en likvärdig produkt i sortimentet. Regionen gör vidare bedömningen att Globus inte har lämnat tillräcklig information vad gäller kravet på viss kreditrating enligt Creditsafe. Bolaget har inte haft en fulltalig styrelse sedan januari 2015, vilket har medfört att regionen inte har kunnat göra någon bedömning av bolagets finansiella styrka. Bolaget har inte heller gett in någon förklaring vilket får ses som märkligt med hänsyn till bl.a. aktiebolagslagens (2005:551) bestämmelser. Det framgår vidare av revisionsberättelsen från bolagets senaste årsredovisning att bolagets revisor har anmärkt på att bolaget inte har skött sina åtaganden avseende skatter och avgifter på ett tillfredställande sätt. Regionen har således även i detta avseende varit förhindrad att tilldela kontrakt till bolaget. Mot denna bakgrund har bolaget inte lidit eller riskerat att lida någon skada.

**SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE***Tillämpliga bestämmelser m.m.*

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 (1 kap. 9 § LOU).

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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

*Utredning i målet*

I punkt 7.2.2 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att samtliga typoperationer inom aktuell produktgrupp ska offereras. I punkt 7.3.1 anges bl.a. att anbudsgivare ska fylla i en typoperation med aktuella/relevanta produkter (enligt aktuell behandlingspraxis) samt priser per efterfrågat produktområde enligt artikelistan. Samtliga komponenter som krävs för efterfrågad operation och gällande de områden där anbud lämnats ska ingå. I kravspecifikationen punkt R9 anges att den aktuella typoperationen innehåller tre olika diskersättningsburar; PEEK, titanlegering och tantalum. Genom frågor och svar framgår att kravet har ändrats till tantalum eller likvärdigt.

I punkt 6.3.1 och 6.3.2 i förfrågningsunderlaget anges vidare bl.a. följande avseende krav på anbudsgivaren. Anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk bas och ha tillgång till resurser som svarar mot anbudets omfattning. Regionen kommer att kontrollera anbudsgivarens ekonomiska ställning genom en undersökning via Credit Safe i Sverige AB:s beräknade riskklass. Anbudsgivarens beräknade

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**  
2016-10-04Sida 6  
6892-16

riskklass ska motsvara minst 60 (god kreditvärdighet). I det fall anbudsgivarens beräknade riskklass understiger 60, ska denne i anbudet lämna förklaring till detta. Om förklaringen är sådan, att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren har motsvarande ekonomiska stabilitet, kan denne ändå anses uppfylla kraven. Gäller även nybildade företag och företag under bildande.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. I mål om överprövning 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 denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Globus har bl.a. gjort gällande att kravet på att offerera diskersättningsburar i tantalum eller likvärdigt är oproportionerligt. För att ett krav ska anses vara proportionerligt krävs att det är en effektiv och lämplig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Det krävs även att kravet är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet i bemärkelsen att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje krävs att den negativa effekten som kravet får inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Regionen har inte ifrågasatt Globus redovisning av tantalumimplantats särskiljande egenskaper och vilka av dessa egenskaper som övriga implantat saknar. Förvaltningsrättens bedömning utgår därför från att det som är utmärkande för ett tantalumimplantat är att det till skillnad från övriga

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**  
2016-10-04Sida 7  
6892-16

implantat är trabekulärt och har en elasticitetsmodul som är mycket nära det spongiösa benet. Förhållandet, att regionen gör gällande att det finns likvärdiga implantat trots att de utmärkande egenskaperna hos tantalumimplantat ostridigt saknas hos övriga offererade implantat, visar att kravet i vart fall inte har varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Kravet kan därför inte anses vara proportionerligt.

En ytterligare förutsättning för att det ska finnas skäl för ett ingripande enligt LOU är dock att Globus har lidit eller riskerat att lida skada på grund av kravets utformning. Regionen har bl.a. gjort gällande att Globus inte har lämnat tillräcklig information vad gäller kravet på viss kreditrating enligt Creditsafe. Av informationen från Creditsafe framgår därvid att Globus inte har någon aktuell riskklassificering på grund av att bolaget saknar fulltalig styrelse. Globus har därför haft att inkomma med en godtagbar förklaring till riskklassificeringen. Regionen har obesträtt uppgett att Globus inte har gett in någon förklaring till att riskklassificeringen understiger 60. Globus har därför inte visat att bolaget har motsvarande ekonomiska stabilitet och har följaktligen inte kunnat tilldelas kontraktet. Globus kan mot denna bakgrund inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada av kravet på att offerera diskersättningsburar i tantalum eller likvärdigt. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

  
Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



## SVERIGES DOMSTOLAR

### HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betviva riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.