



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-11-24
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2012-15

1

SÖKANDE

Biomet Orthopaedics AB, 556312-5342
Box 306
201 23 Malmö

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

Ombud: Advokat Christian Martinsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

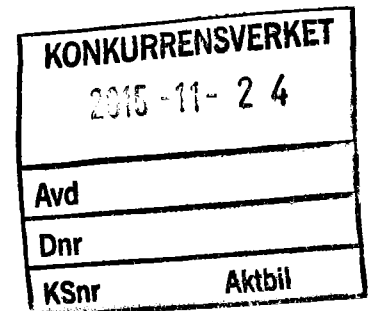
Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 124208

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län (landstinget) har genomfört en upphandling avseende successiva leveranser av ortopediska knäimplantat benämnd "Implantat knä 2015". Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande enligt LOU och avsåg tre produktgrupper, unikompartementella proteser, trikompartementella proteser och revisionsproteser. I tilldelningsbeslut den 18 maj 2015 beslutade landstinget bl.a. att såvitt avser produktgruppen trikompartementella proteser anta tre anbud. Landstinget återtog därefter den 27 maj 2015 det tidigare tilldelningsbeslutet och beslutade i nytt tilldelningsbeslut den 2 juni 2015 bl.a. att såvitt avser produktgruppen trikompartementella proteser anta tre anbud varav inget av dem var anbudet från Biomet Orthopaedics AB (Biomet). I beslutet angavs bl.a. följande. Baserat på EU-kommissionens dokument "Mergers: Commission approves acquisition of orthopaedic implants producer Biomet by Zimmer, subject to conditions" gör landstinget bedömningen att Biomet inte kommer att kunna tillhandahålla offererat implantatsystem i enlighet med upphandlingens förfrågningsunderlag.

Biomet ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende produktgrupp trikompartementella proteser ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid Biomet's anbud avseende denna produktgrupp ska ingå.

Landstinget anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Parterna har anfört bl.a. följande.

Biomet

Tilldelningsbeslutet innehåller inte någon information om vilket eller vilka krav i förfrågningsunderlaget som företaget Biomet eller Biomets offererade produkt inte skulle uppfylla. Biomets tolkning av motiveringen är dock följande. I april 2014 offentliggjordes att det amerikanska medicinteknikbolaget Zimmer Holdings Inc ("Zimmer") köper sin amerikanska branschkollega Biomet Inc. Köpet innebär att de två företagen slås ihop. Köpet beräknades att vara på plats under det första kvartalet 2015. Till följd av de båda bolagens marknadsandelar har sammanslagningen meddelats såväl amerikanska som japanska myndigheter likväl som EU-kommissionen, som av konkurrensskäl initialt inte godkände sammanslagningen. Först efter att Zimmer meddelat att sammanslagningen inte kommer att ske förrän Zimmer avyttrat alla rättigheter till bl.a. Biomets produkt Vanguard rörande den danska och den svenska marknaden har EU-kommissionen, i det meddelande som landstinget hänvisat till i tilldelningsbeslutet, godkänt sammanslagningen. Mot denna bakgrund antar Biomet att landstinget anser att Biomet till följd av en eventuell avyttring av Vanguard inte kommer att kunna leverera Vanguard under hela avtalstiden. Den omständigheten utgör ingen laglig grund för uteslutning av Biomets anbud. Sedan ansökan om överprövning ingivits har sammanslagningen mellan Zimmer och Biomet godkänts. Det åligger således Biomet att överföra tidigare angivna rättigheter till Vanguard. Så har även skett och ett annat bolag är nu innehavare därav. Under ytterligare en tid ombesörjer dock Biomet alltjämt leveranser av Vanguard på den svenska marknaden och överför försäljningsintäkterna till det andra företaget.

Händelser vilka äger rum, och som i Biomets fall eventuellt kan inträffa, under kontraktstiden regleras inte av LOU utan av civilrättsliga regler. I enlighet härmed innehåller landstingets avtalsmall en bestämmelse om överlåtelse av avtal. Upphandlingslagarna kan visserligen få betydelse om ett kontrakt ändras väsentligt. Väsentliga ändringar som görs i annonserade

förfrågningsunderlag eller i upphandlingskontrakt innebär som huvudregel att ett nytt upphandlingsförfarande ska påbörjas. Särskilt uppmärksammat har varit frågan vad som anses gälla vid ett leverantörsbyte under kontraktstiden. Av det hittills ledande rättsfallet från EU-domstolen, C-454/06 Presstext, följer att ett byte av leverantör i regel utgör en väsentlig ändring såvida inte bytet föreskrivs i det ursprungliga kontraktet. Den princip som fastslogs i Presstext-målet har genom direktiv 2014/24/EU reviderats till förmån för ett mindre rigid synsätt. Det utgör inte en väsentlig ändring om Biomets upphandlingskontrakt skulle överlåtas på en annan leverantör som uppfyller de krav som landstinget har uppställt i förfrågningsunderlaget. Det framgår klart av det nya upphandlingsdirektivet att upphandlingslagstiftningen inte syftar till att hindra normalt förekommande affärstransaktioner på marknaden.

Såväl de förutsättningar för partsbyte som fastslogs i Presstext-målet och som föreskrivs i artikel 72 i direktiv 2014/24/EU är uppfyllda i Biomets fall. Biomet är dock av uppfattningen att frågan om en väsentlig ändring av kontraktsvillkoren under avtalstiden uppstår genom ett partsbyte saknar relevans för bedömningen om ett anbud ska tilldelas kontrakt. Frågan får istället behandlas vid den tidpunkt den aktualiseras. Den rättsverkan som då kan uppstå är att den tilltänkta förvärvaren inte tillåts överta upphandlingskontraktet. Trots en fullt legitim och av unionslagstiftaren accepterad företeelse i det ekonomiska livet särbehandlas Biomets anbud negativt av landstinget. Det strider mot likabehandlingsprincipen att inte utvärdera Biomets anbud avseende den aktuella produktgruppen.

Landstinget kommer teckna ramavtal med tre leverantörer per produktgrupp och Biomets anbudspris till den aktuella produktgruppen är det tredje lägsta i produktgruppen. Med beaktande härav samt med hänsyn till att upphandlingen har genomförts i strid mot LOU har Biomet lidit eller kan komma att lida skada.

Landstinget

I meddelat tilldelningsbeslut anför landstinget att Biomet uteslutits av den anledningen att EU-kommissionen beslutat att Biomet på grund av konkurrensskäl inte längre har möjlighet att sälja offererad produkt på den svenska marknaden. Bakgrunden till denna begränsning är att Zimmer Holdings Inc ("Zimmer") förvärvat Biomet vilket innebär att företagen slås ihop. Både Zimmer och Biomet bedriver verksamhet inom ortopediska implantat och därmed även knäimplantat. På grund av de båda bolagens marknadsandelar godkände inte EU-kommissionen sammanslagningen. En förutsättning för att sammanslagningen skulle kunna bli aktuell förpliktigades Biomet att avyttra rättigheterna att sälja i upphandlingen offererad produkt, Vanguard, på den svenska marknaden. Det står således klart att Biomet offererat en produkt som denne inte har möjlighet att erbjuda landstinget i enlighet med lämnat anbud och förfrågningsunderlag och Biomet uppfyller följaktligen inte ställda krav. Biomet vitsordar även att de inte kommer att kunna sälja offererat implantat på den svenska marknaden. Att sammanslagningen mellan Zimmer och Biomet slutförts bekräftas även på bolagens hemsida. Biomet uppfyller därmed exempelvis inte kravet i kravspecifikationens generella krav punkt 10.1 och 10.2 avseende leverans inom angiven tid då Biomet är förhindrad att sälja offererat implantat på den svenska marknaden. Leverans kan inte ske i enlighet med nämnda krav. Att implantatet kommer att kunna säljas på den svenska marknaden av ett annat företag som förvärvat rättigheterna, avhjälp inte bristerna i Biomets anbud.

Biomet har inte angivit något i anbudet angående Zimmers förvärv av Biomet. Det anges inte heller något angående begränsning av försäljningsrätten eller att det företag som förvärvar rättigheten att sälja offererat implantat, Vanguard, övertar rättigheter och skyldigheter enligt upphandlingens förfrågningsunderlag. Landstinget fick information angående eventuell begränsning av försäljningsrätten av offererat system vid den utvärderingsdag som

genomfördes i enlighet med förfrågningsunderlaget. Biomet har inte på något sätt styrkt, vare sig i anbud eller på annat vis, att det företag som förvärvat försäljningsrättigheterna till Vanguard uppfyller i upphandlingen ställda krav eller övertar de rättigheter och skyldigheter som åligger anbudsgivaren. Om landstinget inte hade uteslutit Biomets anbud angående aktuell produktgrupp hade det bidragit till att de gemenskapsrättsliga principerna trätts för när. Detta bekräftas av Kammarrätten i Göteborgs mål nr 4847-11.

Om landstinget ändå beaktat Biomets anbud torde det ändå inte medföra att Biomet skulle antagits som leverantör. I kravspecifikationen, flik trikompartementella proteser punkt 5.1.1 och 5.1.5 anges att anbudsgivaren skall bifoga dokumentation och beskrivning avseende bl.a. utbildning och resurser för detta. Anbudsgivaren skall även bifoga dokumentation angående service och support. Denna dokumentation påverkar och ligger till grund för utvärdering. Det som utvärderas under aktuell rubrik "utbildning, service och support" är helt avgörande av den levererande leverantörens organisation och resurser. Förhållandet innebär de facto att landstinget inte kan bedöma den dokumentation som Biomet angivit i sitt anbud, detta då det inte är de som kommer att utföra aktuella insatser gentemot landstinget. Landstingets bedömning av aktuell rubrik i bedömningsdokumentet skulle följaktligen blivit 0 poäng då ingen dokumentation finns för det företag som förvärvat rättigheten att sälja offererat system. Om Biomet erhållit 0 poäng bidrar det till att Biomet erhåller ett totalt jämförelsetal som inte är en av de tre lägsta och skulle följaktligen inte tilldelats kontrakt. Detta då landstinget i enlighet med förfrågningsunderlaget enbart antar de tre anbudsgivare med lägst totalt jämförelsetal. Om landstinget beaktat Biomets anbud vid utvärderingen hade de trots detta inte kunnat antas som leverantör. Biomet har följaktligen varken lidit eller riskerar att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har 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.

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 iakttas.

Av punkt 10.1 i kravspecifikationens generella krav framgår följande. Akutleveranser **skall** kunna erbjudas efter särskild överenskommelse mellan landstinget och leverantör.

Av punkt 10.2 i kravspecifikationens generella krav framgår följande. Vid beställning innan klockan 16.00 vardagar, **skall** leverans ske nästkommande vardag om inte annat överenskommit.

Kammarrätten i Göteborg bedömde i dom den 8 november 2011 i mål 4847-11 en situation då en upphandlande myndighet inför tilldelningsbeslutet ställts inför faktum att ett bolag som lämnat anbud inte längre är anbudsgivare utan istället ett annat bolag som vill överta rollen som anbudsgivare. I

målet hade det skett en fusion mellan de båda bolagen efter anbudstidens utgång men innan tilldelningsbeslutet meddelades. Kammarrätten konstaterade att denna situation innebar att den upphandlande myndigheten endast bedömt om det första bolaget uppfyllt ställda kvalificeringskrav. Det andra bolaget skulle därmed kunna erhålla tilldelning utan att det först skulle prövas mot de aktuella kvalificeringskraven. Kammarrätten ansåg att ett sådant förfarande strider mot likabehandlingsprincipen och att den upphandlande myndigheten haft fog för att utesluta det första bolagets anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den i tilldelningsbeslutet angivna anledningen till att anbudet från Biomet inte tagits upp till utvärdering är att landstinget gjort bedömningen att Biomet inte kommer att kunna tillhandahålla offererat implantatsystem i enlighet med förfrågningsunderlaget. Frågan i målet är till en början om landstinget haft fog att på denna grund utesluta Biomets anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet är ostridigt att någon fullbordad fusion mellan Biomet och Zimmer inte förelåg vid tiden för landstingets tilldelningsbeslut. Situationen skiljer sig således, såsom Biomet påpekat, från situationen i Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 4847-11. I och med att någon fusion inte förelåg vid tilldelningsbeslutet skulle Zimmer, vid antagande av Biomets anbud, inte nödvändigtvis erhålla tilldelning i upphandlingen utan att prövas mot förfrågningsunderlagets krav. Landstinget skulle därmed inte heller nödvändigtvis bryta mot likabehandlingsprincipen om Biomets anbud antogs.

Frågan om en efter tilldelningsbeslutet genomförd fusion mellan Biomet och Zimmer utgör en sådan ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet som kan föranleda förnyad upphandlingsskyldighet i enlighet med vad EU-domstolen

uttalat i målet C-454/06 Presstext eller inte och vad som framgår av artikel 72 i direktiv 2014/24/EU har enligt förvaltningsrättens mening ingen relevans eller rättsverkan vid bedömningen om landstinget haft fog att på angiven grund utesluta Biomets anbud vid tiden för tilldelningsbeslutet.

Det faktum att landstinget under pågående anbudsförfarande gjort en egen bedömning av Biomets möjligheter att fullgöra kontraktet baserat på ett dokument som inte ingått i Biomets anbud innebär att landstinget, i avsaknad av stöd i förfrågningsunderlaget eller särskild bestämmelse i LOU, inte haft giltigt skäl för att utesluta Biomets anbud vid tilldelningen. Landstinget har i tilldelningsbeslutet inte hänvisat till någon möjlighet i förfrågningsunderlaget eller annan bestämmelser i LOU som utgör grund för att göra en sådan bedömning. Förvaltningsrätten anser därför att landstinget inte haft fog för att utesluta Biomets anbud på angiven grund.

Förvaltningsrätten konstaterar därefter att landstinget till förvaltningsrätten åberopat ytterligare grunder för varför Biomets anbud ska förkastas och varför Biomet i vart fall inte lidit skada eller kunnat komma att lida skada. Landstinget har dels gjort gällande att Biomets anbud inte uppfyller kraven i punkt 10.1 och 10.2 i kravspecifikationens generella krav som avser leverans inom angiven tid, dels att bedömningen av Biomets anbud skulle blivit 0 poäng avseende utvärdering av utbildning, service och support. Dessa invändningar har anförts samtidigt som landstinget särskilt betonat att det nu bekräftats att sammanslagningen mellan Zimmer och Biomet slutförts och att Biomet följaktligen i enlighet med EU-kommissionens beslut är förhindrad att sälja offererat implantat.

Förvaltningsrätten anser inte att det föreligger hinder för att pröva dessa åberopade invändningar av den anledningen att det skulle strida mot principen om reformatio in pejus, dvs. att den enskilde inte ska riskera att komma i ett sämre läge om ett myndighetsbeslut eller en dom överklagas (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 i mål 924-12).

Frågan är därefter om invändningarna ska prövas utifrån hur situationen såg ut vid tiden för tilldelningsbeslutet eller även med beaktande av de omständigheter som inträffat efter tilldelningsbeslutet meddelats.

Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande myndigheten, i enlighet med likabehandlingsprincipen, inte får efterge eller bortse från sådana skalkrav som uppställts i förfrågningsunderlaget även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål 4904-09).

I målet är ostridigt att fusionen mellan Biomet och Zimmer slutligen kommit att genomföras efter det att landstinget meddelat tilldelningsbeslut. Denna uppgift har således blivit bekräftad först under överprövningsprocessen och den har kommit till landstingets kännedom. Även om landstinget även vid tiden för tilldelningsbeslutet haft kännedom om att fusionen kunde komma att ske och lagt det till grund för bedömningen att utesluta Biomets anbud kan landstinget, enligt förvaltningsrättens mening, även nu göra gällande att Biomets anbud mot bakgrund av vad som nu är känt inte uppfyller punkt 10.1 och 10.2 i kravspecifikationens generella krav.

Biomet har vitsordat att fusionen nu godkänts och anfört att även om ett annat bolag nu är innehavare av rättigheterna till den offererade produkten Vanguard ombesörjer dock Biomet under ytterligare en tid alltjämt leveranser av Vanguard på den svenska marknaden och överför försäljningsintäkterna till det andra företaget.

Mot bakgrund av vad som nu är slutligen känt angående den aktuella fusionen, särskilt det faktum att Biomet därigenom ålagts att överföra rättigheterna till den i upphandlingen offererade produkten, och Biomets förmåga att med anledning därav kunna leverera offererad produkt anser förvaltningsrätten att landstinget haft fog för att i vart fall anse att Biomets anbud inte uppfyller kraven i punkterna 10.1 och 10.2 i kravspecifikationens generella krav som gäller krav på leverans av offererad produkt. Att Biomet under en viss tid efter fusionen fortfarande ombesörjer leveranser av den offererade produkten medför inte att skall-kravet kan anses vara uppfyllt.

Då Biomets anbud således, mot bakgrund av vad som nu är känt, inte uppfyller samtliga skall-krav har Biomet enligt förvaltningsrättens mening inte kunnat komma att lida skada med anledning av landstingets bedömning i tilldelningsbeslutet. Biomets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Per Hansson

Föredragande: Victor Ericsson



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. 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 betvivla 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.