



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2019-02-18
Meddelad i Karlstad

Mål nr
2188-18

SÖKANDE

Linvattec Conmed Sweden AB, 556561-6520

Ombud: Advokat Johan Linder Säverman
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Region Örebro län, Upphandlingsavdelningen
Box 1613
701 16 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 9 maj 2018 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 224586

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Örebro län (regionen) har bjudit in leverantörer att lämna anbud avseende en upphandling benämnd "Borr- och sågutrustning" (MT 2018-0073).

Linbatec Conmed Sweden AB (Linbatec) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om med hänvisning till att det i upphandlingsdokumenten har intagits ett antal krav som är disproportionella och som har till enda syfte att begränsa konkurrensen så att en viss leverantör ska vinna upphandlingen. Linbatec riskerar att lida skada om upphandlingen tillåts fortsätta eftersom företaget genom dessa felaktigheter frångått möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och därigenom har frångått möjligheten att vinna upphandlingen.

Service

Av de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. att upphandlingen omfattar option på servicekontrakt och att ett prissatt förslag på fullserviceavtal ska lämnas. I Bilaga 3 i upphandlingsdokumenten framgår vidare att följande uppgifter ska lämnas avseende service:

"Nivå fullservice för totalt antal offererade maskiner (inkl förebyggande underhåll (hos leverantör), reservdelar, restid, resekostnad och traktamente med högst 1,1 % acceptabel otillgänglighet enligt LABU12, matris B1 Pris anges/år (exklusive batteri)".

Härutöver har regionen i kravspecifikationen infört ytterligare två utvärderingskrav. Under "Utrustning för knä- och höftplastik", punkt 12.2.1.4 samt under "Utrustning traumakirurgi", punkt 12.2.2.4, framgår att

”Leverantören bör erbjuda ett system som automatiskt samlar in data från utrustningen för kontroll, dokumentation och uppföljning av maskinernas drifttid och driftrelaterade underhåll för ökad driftsäkerhet”

Det finns ett antal olika krav i kravspecifikationen som fastställer driftsäkerhet och minskad risk för stillestånd. Kraven i 12.2.1.4 och 12.2.2.4 är därför varken nödvändiga, lämpliga eller effektiva för att uppnå det uppgivna driftsäkerhetssyftet.

Regionen har inte kunnat specificera vilka funktioner som efterfrågas i punkt 12.2.1.4 och 12.2.2.4. Det är följaktligen inte möjligt att förutse vilka funktioner som efterfrågas och hur kravet kan komma att utvärderas. Mervärdena för dessa två krav erhålls med hela beloppet eller med noll. Eftersom kravet måste vara uppfyllt i sin helhet för att mervärde ska kunna erhållas ligger det i sakens natur att leverantörerna med säkerhet måste veta i förväg vad det är för funktioner som regionen efterfrågar.

Av det sammalagda mervärdet avseende service och support utgör de ifrågasatta kraven 94 procent och är mer än 15 gånger mer värda än övriga krav på service och support. Kraven har således åsatts ett i jämförelse mycket högt mervärde.

Ocementerade cupar

Av de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. att upphandlingen avser ramavtal för bl.a. köp av borrh- och sågutrustning som främst ska användas inom Ortopedkirurgiska kliniken. Av kravspecifikationen, punkt 2.2.1.3, framgår vidare att,

”Anbudsgivaren bör offerera ett batteridrivet system för att avlägsna ocementerade hemisfäriska cupar vid höftrevision”

De ocementerade cuprevisionerna avser cirka två procent av regionens samtliga ingrepp. Det för det aktuella kravet åsatta mervärdet motsvarar sju procent av det totala mervärdet i upphandlingen och är därför uppenbart missvisande. Det rör sig om ett disproportionerligt och konkurrensbegränsande krav som endast kan uppfyllas av en enda leverantör. Det system som efterfrågas i punkt 2.2.1.3 avser andra ingrepp än vad som görs med sådan såg- och borrtrustning som är föremålet för upphandlingen och utrustningen är inte omnämnd i kravspecifikationen.

Såg

I prisbilagan efterfrågas ”Såg, hög precision för knä, batteri”. Det är endast en leverantör som tillhandahåller en sådan såg. Kravet är alltså konkurrensbegränsande. Majoriteten av alla ingrepp görs med vanliga sågar och sågblad eftersom kostnaden är markant lägre för dessa. Sågblad till den efterfrågade precisionssågen har följaktligen inte medtagits i prisbilagan eftersom dessa kan vara upp till sex gången dyrare jämfört med andra sågblad. Med hänsyn härtill är det inte proportionellt att kräva leverans av precisionssåg.

Regionen anser att Linvatecs ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Det är inte korrekt att upphandlingskriterierna skulle vara oproportionella och att de skulle vara oproportionellt högt viktade. Ansökan om överprövning avser totalt kriterier med en sammanlagd viktning motsvarande 13 procent av det totala värdet av utvärderingskriterierna. Kriterierna motsvarar i sin tur 50 procent av upphandlingens ekonomiska värde där resterande 50 procent avser pris. Att i ljuset av detta hävda att upphandlingen endast kunnat vinnas av en anbudsgivare är felaktigt. De anbudsgivare som inte kunnat tillhandahålla någon eller några av de funktioner som regionen viktat till 13 procent av kriteriernas sammanlagda värde har kunnat lämna anbud och hantera anbudspåslaget genom lägre priser.

Regionen har i sin utvärderingsmodell presenterat mervärden som regionens kliniska personal värdesätter, men samtidigt möjliggjort konkurrens för att säkerställa en god affär.

Service

En otillgänglighet motsvarande 1,1 procent avseende de 58 maskiner som upphandlingen omfattar skulle innebära 232 dagars stillestånd årligen och ett omfattande produktionsbortfall. Avseende exempelvis datortomografer, MR-kameror och injektorer har regionen redan utrustning med system för automatisk insamling av data, vilket har sänkt stilleståndstiderna genom att leverantörerna får bättre information avseende utrustningens skick och därmed lättare kan planera underhåll och förebyggande åtgärder. Funktionaliteten är inte uppställd som ett obligatoriskt krav, men det utgör ett väsentligt mervärde i upphandlingen eftersom den typen av datainsamling visat sig medföra såväl lägre kostnader för service som kortare stilleståndstider. Kriteriet är uppställt som ett funktionskrav för att inte vara riktat mot den lösning som regionen under upprättande av upphandlingsdokumenten kände till, utan möjliggöra för olika typer av lösningar som tillgodoser behovet av automatisk datainsamling. Regionen har i denna del formulerat kriteriet öppet för att ge leverantörerna ett större utrymme att använda yrkeskunskap och kreativitet för att uppnå en bättre översyn av utrustningens servicebehov och för att därigenom minska såväl kostnader för service som stilleståndstiden. Det är resultatet som regionen efterfrågar, inte hur respektive leverantör uppnår resultatet.

Ocementerade cupar

Regionen har i utvärderingen av leverantörens system för avlägsnandet av ocementerade hemisfäriska cupar vid höftrevision tillmätt betydelse om leverantörerna kan offerera ett batteridrivet system. Att utrustningen tillmäts

ett högt mervärde beror på att den innebär stora fördelar för såväl patienter som operatörer. Antalet åtgärder är inte det enda som har betydelse. Hur mycket resurser som varje enskild åtgärd kräver samt hur mycket resurser som förbättrade metoder eller utrustningar kan spara är också av betydelse. Ifrågavarande utrustning innebär mindre benförlust, mindre blödning och en tidsvinst vid utförandet av operationen, vilket även innebär en minskad patientrisk och en lägre vårdkostnad. Att det rör sig om ett i sammanhanget litet antal åtgärder innebär inte att utrustningen med den aktuella funktionaliteten inte skulle kunna utgöra ett stort mervärde för regionen.

Såg

Det är inte korrekt att det finns ett krav på precisionssåg i upphandlingen. Däremot kommer precisionen att utvärderas. För det fall att en så kallad precisionssåg offereras är det den typen av sågblad som anges i prisbilagan. Sådana sågblad är upp till sex gånger dyrare än standardblad.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 20 kap. 6 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (se 4 kap. 1 § LOU).

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt med upphandlingen. Kravet ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas. Åtgärden i fråga får alltså inte gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155).

En proportionalitetsbedömning sker vanligen i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se HFD 2016 ref. 37 I och II).

En av de grundläggande principerna för offentlig upphandling gäller kravet på transparens (öppenhet och förutsebarhet). Denna princip medför främst en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna tydlig information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivningen måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. En leverantör ska på grundval av förfrågningsunderlaget kunna avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat (RÅ 2002 ref. 50).

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphand-

ling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodellser som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2010 ref. 78).

Förvaltningsrättens bedömning

Service

Linvatec har gjort gällande att det inte är möjligt att förutse vilka funktioner som efterfrågas i punkt 12.2.1.4 och 12.2.2.4 och hur dessa kommer att utvärderas. Regionen har efterfrågat ett system som automatiskt hämtar in data från den aktuella utrustningen för att kunna få bättre information avseende utrustningens skick och därmed lättare kunna planera underhåll och förebyggande åtgärder. Regionen har även förtydligat de aktuella kraven i publika svar. Enligt förvaltningsrättens bedömning är de ifrågasatta kraven i punkt 12.2.1.4 och 12.2.2.4 tillräckligt precisa och tydliga för att en anbudsgivare ska kunna definiera upphandlingsföremålet samt värdera om det utifrån upphandlingens krav är möjligt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Linvatec har vidare gjort gällande att det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa upp de utvärderingskriterier som anges i punkterna 12.2.1.4 och 12.2.2.4. Detta eftersom de båda punkterna har åsatts ett i jämförelse mycket högt mervärde samt att det finns ett antal andra kriterier som fastställer driftsäkerhet och minskad risk för stillestånd. Enligt Linvatec är de ifrågasatta utvärderingskriterierna i 12.2.1.4 och 12.2.2.4 varken nödvändiga, lämpliga eller effektiva för att uppnå det uppgivna driftsäkerhetssyftet. Regionen har anfört att de ifrågasatta utvärderingskriterierna syftar till att säkerställa driftsäkerheten av den utrustning som upphandlas. Regionen har vidare anfört att den aktuella utrustningen medför lägre kostnader för service och kortare stilleståndstider varför man också åsatt ett väsentligt mer-

värde för dessa funktioner. Enligt förvaltningsrättens bedömning har de aktuella utvärderingskriterierna avseende automatisk insamling av data en klar koppling till upphandlingsföremålet i den aktuella upphandlingen och är förenligt med upphandlingens syfte som bl.a. uppges ställa höga krav på utrustningen vad avser högt flöde samt hög kvalitet. Förvaltningsrätten bedömer att de aktuella utvärderingskriterierna och dess viktning inte kan anses gå utöver vad som är lämpligt med hänsyn till syftet med upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens bedömning framstår det också som effektivt och ändamålsenligt att ge mervärde till de aktuella funktionerna mot bakgrund av det behov som regionen har identifierat. Att det finns andra krav i kravspecifikationen som också syftar till att säkerställa driftsäkerhet och minskad risk för stillestånd medför enligt förvaltningsrättens bedömning inte att de ifrågasatta utvärderingskriterierna inte är nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet, särskilt mot bakgrund av den merkostnad och risk för ökade kostnader som regionen identifierat föreligger utan ett system för automatisk datainsamling.

De aktuella utvärderingskriterierna gynnar visserligen leverantörer som har möjlighet att erbjuda system av den aktuella typen. Det förhållandet att endast någon eller några av leverantörerna kan uppfylla ett visst önskemål i upphandlingen medför dock inte med automatik att det uppställda kravet är otillåtet. Det ligger i sakens natur att önskemål om en produkts egenskaper kan passa mer eller mindre överens med olika tänkbara leverantörers produktssortiment. Kravet på att behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt sträcker sig inte så långt att den upphandlande myndigheten måste anpassa sina krav så att alla tänkbara leverantörer ska kunna uppfylla dem. Mot bakgrund av att de ifrågasatta utvärderingskriterierna tillgodoser ett verkligt behov och utgör ett väsentligt mervärde för regionen bedömer förvaltningsrätten att de negativa effekter som kraven har inte är oproportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet.

Ocementerade cupar

Linvatec har gjort gällande att det åsatta mervärdet för utvärderingskriteriet under punkt 2.2.1.3 är felaktigt viktat. Detta eftersom kriteriets värde motsvarar sju procent av det totala mervärdet i upphandlingen jämfört med de ocementerade cuprevisionerna som endast utgör två procent av regionens samtliga ingrepp. Regionen har uppgett att man har tillmätt systemet ett högt mervärde eftersom det bl.a. innebär stora fördelar för såväl patienter som operatörer, både vad avser säkerhet och vårdkostnader. Med beaktande av att upphandlande myndighet har stor frihet att utifrån sitt behov utforma upphandlingskriterierna och dess mervärden bedömer förvaltningsrätten att det i målet inte är visat att regionen, genom att beakta andra faktorer än endast antalet ingrepp som utförs med den aktuella utrustningen, har agerat på sådant sätt att utvärderingskriteriet med dess mervärde strider mot någon av bestämmelserna i LOU. Det är inte heller i övrigt visat att det aktuella kravet inte står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas i upphandlingen.

Såg

Linvatec har gjort gällande att majoriteten av alla ingrepp görs med vanliga sågar och sågblad eftersom kostnaden är markant lägre för dessa. Eftersom sågblad till den efterfrågade precisionssågen, som kan vara upp till sex gånger dyrare jämfört med andra sågblad, inte har medtagits i prisbilagan är det inte proportionellt att kräva leverans av precisionssågen. Liksom angetts ovan medför det förhållandet att endast någon eller några av leverantörerna kan uppfylla ett visst önskemål i upphandlingen inte med automatik att det uppställda kravet är otillåtet. Av utredningen i målet framgår att regionen inte efterfrågar en viss precisionssåg utan att regionen avser att utvärdera precisionen på de sågar som offereras. Regionen har uppgett att om det skulle vara så att en precisionssåg offereras ska den typen av sågblad anges i prisbilagan. Förvaltningsätten finner ingen anledning att ifrågasätta denna

uppgift. Vad bolaget har anfört visar inte att regionen genom det aktuella kravet bryter mot någon av bestämmelserna i LOU.

Sammanfattande bedömning

Linvatec har inte visat att regionen har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Det saknas därför grund för ingripande med stöd av 20 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga till denna dom (FR-05).


Carina Ludvigsson

Rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Gustav Berner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.