



SÖKANDE

Stryker AB, 556516-1352

Ombud: Advokat Catharina Piper
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2019-01-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Varuförsörjningsnämnden Region Uppsala

Ombud: Jurist Kristine Nilsson
Region Uppsala
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Varuförsörjningsnämnden Region Uppsala (Varuförsörjningen) genomför upphandling av Kateterburen Intervention Neuro, Dnr VF2017-0016. I tilldelningsbeslut den 2 mars 2018 har Stryker AB (bolaget) inte kvalificerat sig för anbudsutvärdering på grund av bristande kravuppfyllelse rörande position 51.1 – Intrakraniella flow diverters.

Bolaget yrkar – som man slutligen bestämmer sin talan – i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts avseende tilldelningen gällande position 51.1. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen gällande position 51.1 ska avbrytas och göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Bolaget uppfyller de obligatoriska krav avseende den aktuella produktgruppen för intrakraniella flow diverters, s.k. flödesavledare. De obligatoriska kraven specifika för produktgrupp 51.1 framgår av upphandlingsdokumentets punkt 4. Där anges att komplett storlekssortiment skall offereras per offererad produkt (punkt 4.1 a), samt att offererat sortiment skall möjliggöra behandling av kärl med diametrar inom intervallet från 2 mm till 5 mm (punkt 4.1 b).

Eftersom kravet är utformat som att produkterna ska möjliggöra behandling inom intervallet 2 mm till 5 mm var det inte nödvändigt att offerera produkter av 2 mm, 3 mm, 4 mm respektive 5 mm. Det som skulle ingå i sortimentet var produkter för behandling i kärl med en diameter i intervallet mellan 2 och 5 mm. Bolagets produkter möjliggör behandling av kärl inom intervallet vilket är det ordval som Varuförsörjningen har använt sig av i upphandlingen.

Bolagets offererade flödesavledare ligger och är användbara inom angiven referens för kärldiameter. Den offererade *Surpass Streamline* flödesavledare möjliggör behandling av kärl med diametrar som sträcker sig från 2 mm till

5 mm. *Surpass Streamline* flödesavledare är indikerad för behandling av moderkäril med en diameter av $>2,5$ mm och $<5,3$ mm. Flödesavledaren finns i olika storlekar: storlek 3 mm (rekommenderas i käril 2,5 - 3,5 mm), storlek 4 mm (rekommenderas i käril 3,4 - 4,4 mm) och storlek 5 mm (rekommenderas i käril 4,3 - 5,3 mm). Bolaget rekommenderar alltid den största storleken för optimal tätning. Även om den rekommenderade minsta diametern enligt produktbladet är 2,5 mm kan den användas och används i praktiken vid käril med 2 mm. Bland annat har doktor Joost de Vries vid Neurokirurgiska avdelningen vid Radboud University Medical Center i Nederländerna intygat att *Surpass Streamline* flödesavledare med framgång har använts vid behandling av blodkäril med en diameter av 2 mm. Käril som behöver flödesavledare har dock vanligtvis en större maximal diameter än 2,5 mm. Akademiska Sjukhuset har under år 2017 använt den erbjudna *Surpass Streamline*-produkten för att behandla blodkäril med en diameter mellan 2 och 5 mm.

Om punkt 4.1 i upphandlingsdokumentet ska tolkas på annat sätt så är kravet ottydligt på ett sådant sätt att det påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Krav i upphandlingar ska vara klara och tydliga och inte kunna tolkas på annat sätt än vad den upphandlande myndigheten avsett. Bolaget, som är en seriös och erfaren leverantör med stor erfarenhet i branschen och därtill av liknande upphandlingar, har tolkat kravet som att offererade produkter ska möjliggöra behandling av käril inom intervallet 2 mm och 5 mm. Det framgår inte att produkter som möjliggör behandling av de två ytterligheterna också måste erbjudas. Ordet *inom* har, enligt nationalencyklopedin, betydelsen *i det inre av*. Således är den enda tänkbara tolkningen av kravet i punkt 4.1 för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att den efterfrågade produkten ska göra det möjligt att behandla käril med diametern i det inre intervallet av 2 mm till 5 mm. Varuförsörjningen synes dock anse att kravet ska tolkas som att anbudsgivarna måste presentera produkter för varje millimeterintervall mellan 2 mm och 5 mm för att uppfylla det obligatoriska kravet, vilket är en orimlig tolkning i förhållande till kravets ordalydelse. Kravet är i vart fall inte tydligt, förutsägbart och transparent. Inte

heller står kravet i rimlig proportion till de mål som eftersträvas.

Avseende formuleringens otydlighet kan det noteras att publik fråga 3 i upphandlingens Frågor och svar innehöll en fråga avseende Produktgrupp 52 (intrakraniella stentar, avlösbara) om tolkningen av "*inom intervallet från 2 mm till 5 mm*" i förhållande till självexpanderande stentar. I svaret ändrade Varuförsörjningen kravet för att öka konkurrensen till att offererat sortiment ska möjliggöra behandling av kärl med diametrar inom intervallet från 2,5 mm till 4,5 mm. I fråga om självutlösande stentar har således Varuförsörjningen under upphandlingen helt ändrat inställning gällande storleksordning och avseende inom vilka diametrar behandling ska vara möjlig etc. Detta visar på att Varuförsörjningens krav är otydligt, oskäligt och oproportionellt.

För det fall Varuförsörjningen hade följt upphandlingsdokumentet, LOU och praxis hade bolagets anbud utvärderats. Om bolagets anbud inte hade förkastats hade bolaget tilldelats kontrakt i upphandlingen. Med anledning av vad som nu anförts har bolaget på grund av Varuförsörjningens agerande lidit skada och riskerar att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Varuförsörjningen bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bland annat följande. Det har funnits grund för att förkasta bolagets anbud då anbudet avseende aktuell position inte har uppfyllt samtliga ska-krav. I enlighet med likabehandlingsprincipen enligt 4 kap. 1 § LOU har Varuförsörjningen varit förhindrad att utvärdera ett anbud som inte uppfyllt samtliga ska-krav.

Under anbudstiden inkom en fråga om hur själva kravlydelsen av punkterna 4.1 a) och b) skulle tolkas. Varuförsörjningen lämnade då följande förtydligande.

"Kravformuleringen innebär att ett sortiment, som möjliggör att hela det angivna intervallet kan behandlas, ska offereras."

Med detta förtydligande har Varuförsörjningen alltså avsett att aktuellt krav ska tolkas som att offererat sortiment alltså ska vara så pass brett att kärl med diametrar inom hela intervallet från 2 mm till 5 mm kan behandlas.

Inlämnad artikelspecifikation från bolaget innehöll endast diametrar å 3, 4 och 5 mm. Således saknas storlek 2 mm vilket medför att aktuellt ska-krav inte är uppfyllt. Bolaget uppfyller inte heller ska-kravet om ett komplett storlekssortiment vilket kan utläsas av dess officiella produktblad som har bifogats anbudet. Produktbladet tydliggör att produkten *Surpass Streamline* i storlekarna 3-5 mm endast ska användas för kärl med diametrar inom intervallet 2,5 - 5,3 mm. Varuförsörjningen bestrider bolagets påstående om att rekommendationerna i det officiella produktbladet skulle kunna frångås i praktiken. Vid tiden för anbudslämnandet har inte några andra uppgifter lämnats än de som kan utläsas ur produktbladet. Varuförsörjningen har utgått från det sortiment som har offererats i anbudet. Det intyg från dr Joost de Vries som har getts in till förvaltningsrätten har inte inlämnats vid anbudstillfället. Inte heller har regionen begärt in dylikt förtydligande. Av intyget kan möjligen utläsas att produkterna med diametermått 3-5 mm kan användas för kärl med diameter i storleken 2 mm. Där emot kan inte utläsas att produkt med 2 mm diameter har offererats inom ramen för ingiven artikelspecifikation. Enligt regionens bedömning ändrar således inte intyget regionens bedömning om att bolagets anbud inte har uppfyllt samtliga ska-krav avseende produktgrupp 51.

Samtliga krav har helt och hållet kunnat utläsas av punkten 4 och bolaget har inte kunnat visa på någon otydlighet när det gäller ska-kravens utformning. Det ska även uppmärksammas att bolaget inte heller under annonseringstiden har kommit in med någon fråga om förtydligande.

När det gäller fråga 3 i Frågor och svar avser denna fråga produktgrupp 52 och inte produktgrupp 51 som det nu är fråga om. Bolagets påståenden hän-

förliga till denna fråga ska lämnas utan beaktade med hänsyn till att frågan rör en helt annan produktgrupp.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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

Om en upphandlande myndighet 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 eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sitt förfrågningsunderlag och det ankommer på myndigheten att avgöra vilket behov den har och vilka egenskaper föremålet för upphandlingen ska vara behäftat med. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

En grundläggande princip är att upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven som ställts i upphandlingsunderlaget då ett sådant förfarande kan anses strida mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD ref. 37/2016 I och II uttalat att det i princip inte är möjligt att godta ett anbud som inte uppfyller ställda obligatoriska krav i en upphandling.

Det är anbudsgivaren som står risken för att en angiven uppgift inte är förenlig med kraven i förfrågningsunderlaget (jfr EU-domstolens dom i mål SAG ELV m.fl., C-599/10, punkt 38). Om en anbudsgivare lämnar i och för sig ej efterfrågade uppgifter om det som ska upphandlas, måste således dessa uppgifter stå i överensstämmelse med de krav som anges i upphandlingsunderlaget (jfr Kammarrätten i Jönköping mål nr 193-16).

Bolaget har anfört att Varuförsörjningen felaktigt förkastat bolagets anbud på grund bristande kravuppfyllnad avseende upphandlingens position 51.1 – Intrakraniella flow diverters (flödesavledare).

I punkt 4.1 a och b i det aktuella upphandlingsunderlaget har följande skrav angivits rörande efterfrågade flödesavledare.

a) Kompletta storlekssortiment skall offereras per offererad produkt (i.e. varumärke).

b) Offererat sortiment skall möjliggöra behandling av kärl med diametrar inom intervallet från 2 mm till 5 mm.

Förvaltningsrätten konstaterar att punkten a) läst för sig inte anger några mått eller någon övrig ledning för vad som menas med ett komplett storlekssortiment. Ingen av parterna har heller gjort gällande att det finns en gängse standard i detta avseende för denna typ av produkt. Det därpå följande kravet i punkten b) avser vilka kärldiametrar som ska kunna behandlas av de efterfrågade flödesavledarna. Varken läst för sig eller tillsammans med punkten a) kan kravet sägas utgöra ett preciserat krav på vilka mått flödesavledarna ska ha. Det har enligt förvaltningsrättens mening därmed inte varit möjligt att förkasta ett anbud med hänvisning till att ett komplett storlekssortiment inte offererats.

Frågan är då om bolagets anbud i övrigt uppfyller de krav som ställs på flödesavledarna. Det är ostridigt i målet att det officiella produktbladet för de aktuella flödesavledarna som bolaget erbjudit anger en minsta kärldiameter på 2,5 mm på de kärl som ska behandlas. Kravet har dock tydligt varit att

kärl ner till 2 mm ska kunna behandlas. När upphandlingsunderlaget anger att diametrarna ska vara inom intervallet från 2 mm till 5 mm innebär det alltså enligt förvaltningsrättens mening att 2 mm ska vara minsta mått och 5 mm ska vara största mått. Produktbladet har utgjort del av bolagets anbud och det har inte framkommit att bolaget i sitt anbud har angett att uppgifterna inte skulle gälla. Eftersom uppgifterna i produktbladet inte är förenliga med kravställningen uppfyllde bolagets anbud inte ska-kravet om minsta kärldiameter. Detta har enligt förvaltningsrätten utgjort ett tillräckligt skäl för att förkasta anbudet. Det kan noteras att bolaget inte hade kunnat ge in ytterligare handlingar – även innan tilldelningsbeslut meddelades – som en tillåten rättelse eller komplettering då det inte heller kan anses ha förelegat någon uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel i bolagets anbud. Den bevisning bolaget har åberopat i förvaltningsrätten om möjligheten att använda offererade flödesavledare även till kärl som är 2 mm ändrar inte denna bedömning.

Bolagets anbud har således rätteligen förkastats. De av Varuförsörjningen uppställda kraven har inte visats vara oproportionerliga eller på annat sätt oförenliga med LOU. Kraven avseende vilka kärldiametrar som ska kunna behandlas får också ha uttryckts på ett tillräckligt tydligt sätt i underlaget. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Eva Frånlund Althin
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



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 rätts-tillämpningen.
- 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.