



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2019-05-02
Meddelad i Malmö

Mål nr
12750-18

SÖKANDE

Stryker AB, 556516-1352
Box 504
202 14 Malmö

Ombud: advokaten Viveka Bonde
Bonde Barzey Advokatbyrå AB
Grev Turegatan 60
114 38 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2019-05-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

Ombud: biträdande chefsjuristen Patrik Kastberg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Stryker AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 476389

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

E-post:
forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.s

e

BAKGRUND

Region Skåne genomför upphandling av ”Defibrillatorer till Region Skåne”, dnr 2018-O000188, för utbyte av befintliga och nyanskaffning av halvautomatiska och multifunktionella defibrillatorer till regionens samtliga sjukhus. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande. Enligt tilldelningsbeslut den 24 oktober 2018 ska avtal tecknas med Vingmed AB (Vingmed).

YRKANDE M.M.

Stryker AB (Stryker) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte ska få avslutas förrän rättelse har gjorts. I andra hand yrkar Stryker att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anförs i huvudsak följande.

I upphandlingen har utvärderingsmodellen ”bästa förhållande mellan pris och kvalitet” använts och totalpris har räknats fram genom poängsättning av hur väl anbudena uppfyllt tilldelningskriterierna. Region Skåne har gällande tilldelningskriterierna 3.18, 3.22, 8.4 och 8.5 avseende halvautomatiska defibrillatorer samt 8.8 avseende multifunktionella defibrillatorer utvärderat Strykers och Vingmeds anbud felaktigt och i strid med både likabehandlingsprincipen och transparensprincipen, till nackdel för Stryker. Detta har lett till att högre poäng har tilldelats Vingmed samt att lägre poäng har tilldelats Stryker än vad som hade varit fallet om en korrekt utvärdering hade genomförts. Som en följd av detta har regionen felaktigt tilldelat Vingmed det upphandlade avtalet. Detta har lett till skada för Stryker, som annars skulle ha tilldelats avtalet. I vart fall har Stryker lidit risk för skada till följd av den felaktiga utvärderingen.

Vad gäller utvärderingskriterium 3.18 *Det bör vara enkelt att ändra EKG-kurva på/av* borde Vingmed inte ha erhållit full poäng eftersom Vingmeds halvautomatiska defibrillator inte möjliggör på- respektive avslagning av EKG-kurvan med 0 - 2 moment. Vingmed skulle rätteligen fått färre poäng för kriteriet. För

att slå på/av EKG-kurvan på Strykers halvautomatiska defibrillator krävs endast två enkla knapptryckningar.

Även regionens utvärdering av punkt 3.22 *Det bör vara möjligt att i efterhand avläsa händelser med ett minimum av knapptryckningar eller handgrepp* kan ifrågasättas. Stryker har tilldelats tre poäng och Vingmed fem poäng. Båda anbudsgivarna har beskrivit en likande metod för avläsning av händelser i efterhand vad gäller omfattning och komplexitet. Utvärderingen strider mot likabehandlingsprincipen.

Det kan även ifrågasättas varför Stryker tilldelats 0 poäng avseende kriterierna 8.4 respektive 8.8 *Tillhandahållande av likvärdig låneutrustning kostnadsfritt*. Stryker borde i likhet med övriga anbudsgivare ha erhållit full poäng. Regionen tycks felaktigt ha tolkat Strykers svar som att kriterierna inte uppfylls. Stryker har dock uttryckligen uppgivit att kostnadsfri låneutrustning tillhandahålls både under och efter garantitiden. Regionen har utvärderat Strykers anbud felaktigt. Vad som nämns i Strykers anbud om serviceavtal ska inte tolkas som att kriterierna inte uppfylls. Det är vid en granskning av prislistan tydligt att tillhandahållande av låneutrustning är kostnadsfri.

I punkt 8.5 *Utrustningens förväntade livslängd* framgår att Stryker uppgett att LIFEPAK-enheter har en förväntad livslängd på åtta - tio år. Ett förtydligande anges i anslutning till detta där det istället specificeras en förväntad livslängd om åtta år. Förtydligandet är dock felaktigt och har föranletts av ett skrivfel från Region Skåne. Regionen har bett Stryker förtydliga den förväntade livslängden för multifunktionell defibrillator i stället för halvautomatisk defibrillator som avsågs. Den felaktiga informationen från Region Skåne resulterade i att Stryker uppgav åtta år. Hade Region Skåne istället angett att det var förväntad livslängd för halvautomatisk defibrillator som avsågs skulle Stryker ha specificerat förväntad livslängd till 10 år.

Region Skåne har brutit mot transparens- och likabehandlingsprinciperna vid anbudsutvärderingen eftersom tilldelningskriterierna inte har utvärderats och tillämpats lika för alla anbudsgivare. Det har lett till att Stryker har missgynnats i förhållande till vinnande anbudsgivare. Strykers anbud har som framgår av det ovan anförda tilldelats lägre poäng än Vingmed beträffande två tilldelningskriterier trots att de båda anbudsgivarna har befunnit sig i samma situation och det har saknats objektiva godtagbara skäl för särbehandling. Stryker och Vingmed har en likvärdig metod för avläsning av händelser i efterhand. Eftersom anbudsgivarna har redogjort för två metoder för avläsning av händelser i efterhand som innefattar i princip samma moment ifrågasätts varför Vingmed tilldelats högre poäng än Stryker. Även omständigheten att Stryker inte har tilldelats poäng för tilldelningskriteriet avseende att låneutrustning bör tillhandahållas kostnadsfritt strider mot likabehandlingsprincipen. Stryker har i likhet med de övriga anbudsgivarna uppgett att kravet uppfylls och Stryker borde därför i likhet med övriga anbudsgivare ha erhållit full poäng för kriteriet.

Det föreligger även brist i transparens i utvärderingen eftersom Region Skåne inte har redogjort närmare för hur utvärderingen har gått till. Utvärderingen har varit skönsmässig och icke förutsägbar. Den grund för tilldelning som Region Skåne tillämpat framstår som komplex och svårtillgänglig och det framgår inte hur Region Skåne kommit fram till att poäng ska tilldelas för något av de uppställda tilldelningskriterierna.

Region Skåne anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Utvärderingen har genomförts av en oberoende expertgrupp i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget och i enlighet med vad som gäller enligt LOU och tillämpliga rättsprinciper. Alla anbudsgivare har behandlats lika och någon särbehandling inte har skett. Expertgruppens kompetens eller oavhängighet har inte ifrågasatts av Stryker.

Tilldelningskriterierna och de krav som tillämpats har varit formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare har kunnat tolka kriterierna på samma sätt.

Vad gäller krav 3.18 *EKG-kurva på/ av* har utvärdering skett genom provuppställning. Detta innebär att produkterna ställs upp på ett sådant sätt att expertgruppen fysiskt kunnat utvärdera dessa. Vid provuppställning har konstaterats att det för Vingmeds produkt krävs två moment för att ändra EKG-kurvan på/av medan det för Strykers produkt krävs fem moment. Strykers påståenden om vilka egenskaper den av Vingmed offererade produkten har grundar sig uteslutande på den beskrivning som gjorts i lämnat anbud. Stryker har ingen kännedom om vilka egenskaper som produkten uppvisade vid provuppställningen.

Vad gäller krav 3.22 *Avläsa händelser* har utvärdering skett genom provuppställning med utrustning i påslaget läge. Vid provuppställning har det konstaterats att det för Vingmeds produkt krävs två moment för att kunna avläsa händelser i efterhand medan det för Strykers produkt krävs fyra moment. Såsom har angetts avseende kravet i 3.18 har Stryker ingen kännedom om vilka egenskaper som Vingmeds produkt uppvisade vid provuppställning. Region Skåne kan inte se att Strykers och Vingmeds beskrivningar av deras respektive offererade produkt, såvitt gäller denna punkt, skulle vara liknande på sådant sätt att de skulle erhålla samma utvärderingspoäng. Oaktat detta saknar en eventuell likhet i anbudsgivarnas beskrivningar betydelse då de offererade produkterna vid provuppställning uppvisat olika egenskaper.

Vad gäller krav 8.4 respektive 8.8 *Tillhandahållande av låneutrustning* har Stryker fått tillfälle att förtydliga sitt anbud och har då angett ”Ja, kostnadsfri låneutrustning erbjuds med tecknat serviceavtal”. Detta kan inte förstås på annat sätt att aktuella krav uppfylls om parterna tecknat serviceavtal, men att kravet annars inte är uppfyllt. Den omständighet att inga kostnader eller reservdelar anges i prisbilagan ger inte stöd för att låneutrustning ska ingå på sätt som krävs för att

uppfylla aktuella krav. Risken för att anbud missuppfattas ligger på anbudsgivaren.

Vad gäller krav 8.5 *Förväntad livslängd* har Stryker fått tillfälle att förtydliga sitt anbud och har angett att deras enheter har en förväntad livslängd på 8 år. För att få poäng i aktuellt krav krävs att förväntad livslängd är minst 7 år. Stryker har uppfyllt aktuellt krav och tilldelats full poäng. Eftersom det uttryckligen angetts att förtydligandet avsåg halvautomatiska defibrillatorer är det rimligt att Stryker förstått eller borde förstått detta. Den omständigheten att livslängd för multifunktionella defibrillatorer anges i punkt 8.9 och inte 8.5 borde rimligen också ha medfört att Stryker förstått att förtydligandet inte avsåg multifunktionella defibrillatorer. Om Stryker är av uppfattningen att deras förtydligande avser multifunktionella defibrillatorer har inte något förtydligande avseende halvautomatiska defibrillatorer skett. Det ligger på anbudsgivaren att vara så tydlig att dennes anbud förstås på korrekt sätt. Mot bakgrund av anbudets utformning saknas utrymme för att tolka anbudet på annat sätt än som gjorts i utvärderingen.

Strykers jämförelsetal efter viktning är 43 952 och Vingmeds 43 204. Skillnaden är 748 poäng. För att Stryker ska kunna anses ha lidit skada krävs att Stryker kan styrka att upphandlingen är behäftad med sådan brister att Stryker skulle få det lägsta jämförelsetalet. För att kunna uppnå detta krävs att Stryker har framgång på flera punkter.

Stryker anför i yttrande bl.a. följande. Stryker har haft begränsad möjlighet att rikta kritik mot expertgruppen eftersom Region Skåne inte tillhandahållit någon information om vem som ingår i gruppen eller vilken kompetens gruppmedlemmarna har. Detta får anses utgöra en icke obetydlig transparensbrist. Vad gäller Region Skånes uppgifter om utvärdering vid kriterierna 3.18 och 3.22 vid provuppställning har Stryker av naturliga skäl inte någon större kunskap om Vingmeds produkter än vad som framgår av underlaget för tilldelningsbeslutet, vilket grundar sig på Vingmeds anbud. Beskrivningen i anbudet ger intryck av

att det krävs fler än två moment för att slå på respektive av EKG-kurvan samt fler än två moment för att avläsa händelser i efterhand. Stryker ifrågasätter expertgruppens bedömning eftersom Region Skåne inte lämnat information om hur på- respektive avstängning av EKG-kurvan genomförts. Region Skåne borde ha redogjort för hur av- respektive påslagning är möjlig med två moment. Endast om fullgod transparens råder är det möjligt att utvärdera om Region Skånes bedömningar är korrekta.

Vad gäller punkterna 8.4 och 8.8 finns inget i Strykers anbud som kan tolkas som att kostnad skulle utgå för tillhandahållande av läneutrustning. Vad gäller punkten 8.5 avseende förväntad livslängd är det korrekt att Stryker erhållit full poäng för kriteriet. Att Region Skåne felaktigt utgått från att Strykers halvautomatiska defibrillator har en förväntad livslängd om åtta år har dock trots detta missgynnat Stryker. Hänsyn tas i utvärderingsmodellen till kostnad under produktens hela livscykel. Det har därför stor betydelse för utvärderingen hur lång livslängd utöver sju år som utrustningen förväntas ha. Uppgiften har legat till grund för beräkning av totalpris. Regionen kan inte frånskriva sig ansvar för den felaktiga information som kommunicerades i begäran om förtydligande. Eftersom Region Skåne lämnat felaktig information till Stryker har Region Skåne i vart fall agerat i strid med transparensprincipen. Den information som lämnats till Stryker har varit otydlig och det har inte gjort det möjligt för Stryker att inse vilka uppgifter som efterfrågades. Vad Region Skåne anfört om Strykers skada och skillnader i jämförelsetal mellan Stryker och Vingmed är felaktigt och missvisande. Stryker åberopar härvid sin egen uträkning. I denna har Stryker tilldelats full poäng för kriterierna 8.4 och 8.8 och för beräknad livslängd om tio år för halvautomatisk defibrillator. Uträkningen visar att det varit tillräckligt att Region Skåne utfört en korrekt utvärdering för dessa kriterier för att Stryker skulle erhållit ett lägre jämförelsetal än Vingmed. Hade alla kriterier utvärderats korrekt hade Stryker erhållit ett ännu lägre jämförelsetal. Detta styrker att Region Skånes utvärdering åsamkat Stryker skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet 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.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Stryker anför till grund för sin ansökan att Region Skåne har brutit mot LOU genom att vid anbudsutvärderingen utvärdera anbuden felaktigt och i strid med principerna om likabehandling och transparens.

Stryker riktar även kritik mot den av Region Skåne tillämpade utvärderingsmodellen i sig och anför därvid att den grund för tilldelning som Region Skåne tillämpat framstår som komplex och svårtillgänglig. Vad Stryker anför härvidlag visar dock enligt förvaltningsrätten inte att den tillämpade utvärderingsmodellen brister i tydlighet på ett sådant sätt att den strider mot transparensprincipen eller att den strider mot någon av de andra upphandlingsrättsliga principerna. Stryker har inte heller redovisat hur bolaget lidit skada eller riskerat lida skada till följd av den åberopade bristen i utvärderingsmodellen.

Vad gäller av Stryker åberopade brister i den av Region Skåne genomförda anbudsutvärderingen kan konstateras att det är den upphandlande myndigheten som har att utvärdera inkomna anbud. I den aktuella upphandlingen har detta bl.a. skett genom en av beställaren utsedd expertgrupp som har haft tillgång till offererad utrustning vid en s.k. provuppställning. Hur poängsättning skulle ske framgår i förfrågningsunderlaget under rubriken *Bedömningskriterier*. Resultatet av utvärderingen har redovisats i en till tilldelningsbeslutet bifogad upphandlingsrapport med bilagor. Någon skyldighet för Region Skåne att på sådan detaljnivå som Stryker efterfrågar redovisa hur utvärderingen gått till kan inte anses föreligga för att kravet på transparens ska vara tillgodosett. Den omständigheten att Region Skåne inte tillhandahållit någon information om vem som ingått i expertgruppen eller vilken kompetens gruppmedlemmarna har utgör enligt förvaltningsrätten inte heller grund för ingripande mot upphandlingen.

Stryker gör gällande att Region Skåne för ett antal tilldelningskriterier utvärderat Strykers och Vingmeds anbud felaktigt och till nackdel för Stryker. Enligt Stryker borde bolaget i utvärderingen ha tilldelats fler poäng och Vingmed färre. Stryker har dock inte presenterat någon utredning som kan läggas till grund för bedömningen att Region Skåne tillämpat den valda utvärderingsmodellen felaktigt och på otillbörligt sätt gynnat eller missgynnat olika leverantörer. Stryker har således inte förmått visa att Region Skåne vid anbudsutvärderingen avvikit från förfrågningsunderlaget, tagit ovidkommande hänsyn, brutit mot likabehandlingsprincipen eller på annat sätt agerat i strid med LOU.

Vad Stryker anfört angående utvärderingen av kriterierna 3.18 och 3.22 visar inte att felaktigheter begåtts. Region Skåne har vid provuppställningen konstaterat att det för Vingmeds produkt krävs två moment för att ändra EKG-kurvan på/av och tilldelat bolaget poäng utifrån detta. Även för kriteriet 3.22 har Region Skåne tilldelat Stryker och Vingmed poäng utifrån vad som konstaterats vid provuppställningen. Stryker har inte förmått visa att utvärderingen strider mot likabehandlingsprincipen.

I förfrågningsunderlaget punkterna 8.4 och 8.8 har angivits som ett skall-krav att likvärdig låneutrustning kostnadsfritt ska tillhandahållas under garantitiden och efter garantitidens slut. Region Skåne har haft fog för sin bedömning att Strykers svar på frågor från Region Skåne innebar att kostnadsfri låneutrustning förutsätter tecknat serviceavtal och att kraven därmed inte var uppfyllda. Om Strykers svar formulerats på ett sätt som har lett till missförstånd är detta, såsom Region Skåne anfört, bolagets ansvar.

Vad gäller punkten 8.5 avseende förväntad livslängd för halvautomatiska defibrillatorer har Region Skåne utgått från den uppgift som Stryker lämnat i begärt förtydligande och Stryker har erhållit full poäng för det aktuella tilldelningskriteriet vid utvärderingen.

Region Skåne har den 6 september 2018 skickat två meddelanden till Stryker med begäran om förtydliganden avseende dels halvautomatiska defibrillatorer, dels multifunktionella defibrillatorer. I meddelandet avseende halvautomatiska defibrillatorer anges korrekt att punkt 8.5 avser förväntad livslängd, men felaktigt anges att förtydligande ska ske bl.a. i flik *Utvärdering multifunktionell*. I meddelandet som avser multifunktionella defibrillatorer anges korrekt att punkt 8.9 avseende förväntad livslängd ska förtydligas bl.a. i flik *Utvärdering multifunktionell*. Mot den bakgrunden är det förvaltningsrättens bedömning att det med tillräcklig tydlighet framgick att begäran om förtydligande i meddelandet om halvautomatiska defibrillatorer även avsåg livslängden för dessa och inte var ytterligare en förfrågan om livslängden för multifunktionella defibrillatorer.

Förvaltningsrätten finner mot den nu angivna bakgrunden inte att Region Skåne i samband med begäran om förtydligande av den erbjudna utrustningens livslängd agerat i strid med transparensprincipen på ett sådant sätt att Stryker lidit eller riskerat att lida skada.

Vid nu angivna förhållanden och då Stryker inte heller i övrigt anfört något som utgör grund för ingripande mot upphandlingen ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kerstin Hardgren



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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.

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.

