



**SÖKANDE**

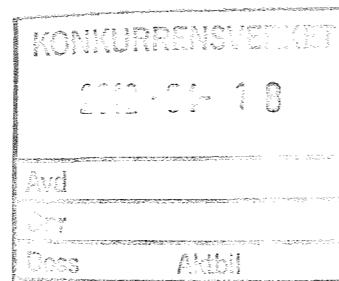
Stryker AB, 556516-1352  
Box 50425  
202 14 Malmö

Ombud: Advokat Catharina Baerselman och jur.kand. David Nilsson  
Bird & Bird Advokat KB  
Box 7714  
103 95 Stockholm

**MOTPART**

Landstinget i Östergötland  
581 91 Linköping

Ombud: Upphandlare Mikael Lindström  
Landstinget i Östergötland  
Upphandlingscentrum  
581 85 Linköping



**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

#### YRKANDEN M.M.

Landstinget genomför en offentlig upphandling av ramavtal avseende osteosyntesmaterial (UC-2010-192). Vid upphandlingen används öppet förfarande. För respektive tilldelningsgrupp ska de anbud som innehåller det lägsta priset antas.

För tilldelningsgruppen anatomiska plattor för den nedre extremiteten (position 9), antog landstinget anbud som lämnats av Smith & Nephew AB, Swemac Ortopaedics AB och Synthes AB. Enligt tilldelningsbeslutet uppfyllde den av Stryker AB offererade produkten – proximal lateral tibiaplatta – inte skall-krav avseende storlek och längd på skruvar 4,5/5,0 eller motsvarande.

Stryker ansöker om överprövning av upphandlingen, position 9, och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i att Strykers anbud beaktas vid utvärderingen och att ett nytt tilldelningsbeslut fattas enligt vilket Stryker tilldelas kontrakt avseende position 9.

Landstinget anser att ansökan ska avslås.

#### VAD PARTERNA ANFÖRT

##### Stryker

Den anatomiska utformningen av plattan och skruvarnas storlek bestäms hos varje leverantör efter tusentals kadaver och biomedicinska tester. De olika leverantörernas produkter/plattor skiljer sig något åt i utförandet vad gäller design och tjocklek, vilket resulterar i något olika dimensioner på skruvarna beroende på bedömningar vad gäller hållfasthet och biomekanik. Det är dock inte fråga om stora skillnader i skruvdimensioner mellan leve-

rantörernas produkter. Generellt sett kräver dock exempelvis lårbenet en kraftigare platta och större skruv än en platta för underbenet.

Strykers och övriga leverantörers produkter används i hela världen och skräddarsys aldrig för någon enskild upphandling. Att skruvdimensionerna skiljer sig något åt saknar betydelse för användningen på annat sätt än att skruvdimensionen ska vara anpassad efter plattan. Det är således fullt naturligt att leverantörer kan ha något olika dimensioner på skruvarna.

Mot bakgrund av hur branschen ser ut, att det är fråga om likvärdiga produkter för ett visst användningsområde där produkterna kan ha något olika skruvdimension, kan de i förfrågningsunderlaget angivna skruvdimensionerna redan av denna anledning inte uppfattas på annat sätt än att det endast är fråga om en hänvisning till en typ av produkt. Till detta kommer skrivningen "eller motsvarande" som inte kan ha någon annan innebörd än att även andra dimensioner på skruvarna godtas.

Skruvdimensionerna har vidare inte utformats som ett skall-krav över huvud taget. Något krav på skruvdimension finns inte heller med i den gula rutan i förfrågningsunderlaget där samtliga skall-krav anges med alternativ att svara ja eller nej såvitt avser kravuppfyllelse.

Att det inte heller varit landstingets avsikt att skruvdimensioner skulle utgöra något skall-krav framgår tydligt av att det i förfrågningsunderlaget anges en skruvdimension med tillägget "eller motsvarande". På sätt som anges i 6 kap. 4 § LOU får en hänvisning vad gäller tekniska specifikationer till bl.a. specifikt varumärke, typ eller tillverkning göras endast om specifikationen följs av "eller likvärdigt". Innebörden av denna bestämmelse är att likvärdiga produkter av samma typ måste godtas. Jämför artikelbenämningen på motsvarande produkt i Synthes AB:s anbud, "LCP Proximal Tibia Plate lateral 4,5/5,0.

Strykers produkt används på sjukhus runt om i världen för fixering av frakturer på proximal lateral tibia för samma ändamål som plattor med skruvdimensionen 4,5/5,0 mm.

År 2006 lät Stryker tillsammans med en professor göra en studie av hållfasthet mot utmattning. I studien, som bifogas, jämfördes Strykers produkt med den produkt Synthes offererat i upphandlingen, "LCP Proximal Tibia Plate lateral 4,5/5,0". Studien visar att de jämförda produkterna är likvärdiga. Av studien framgår att Strykers produkt till och med har bättre hållfasthet än Synthes produkt.

Landstinget påstår att valet att efterfråga "4,5/5,0" är baserat på kliniska erfarenheter och att "3,5/4,0" ger sämre stabilitet. Landstinget har dock inte någon klinisk erfarenhet av Strykers produkt.

Det vitsordas att användningen av angivna skruvdimensioner för att beskriva plattor och skruvar för olika användningsområden/indikationer härrör från AO Foundation i Schweiz. Emellertid är det inte så att plattor som används för proximal lateral tibia måste ha exakt dessa dimensioner på skruvarna för att fixera frakturer i övre delen av underbenet.

Trots att landstinget vitsordat att det inte är fråga om att plattorna måste ha skruvar av viss dimension och att det är fråga om hänvisning till en "produkttyp/egenskap", har landstinget likväl förkastat Strykers anbud på grund av skruvarnas dimension. Detta anges uttryckligen i tilldelningsbeslutet och framgår av landstingets yttrande. Landstinget har endast utifrån Strykers skruvdimensioner utgått från att plattan inte motsvarar vad som efterfrågats.

Landstinget har godtagit anbudet från Swemac Orthopaedics AB trots att det i detta offererades en proximal lateral tibia-platta som har en skruvdi-

mension om 6,0 mm (vinkelstabil spongiosaskruv). Genom att landstinget godtar denna "avvikelse" i skruvdimension samtidigt som Strykers anbud förkastas, har landstinget behandlat leverantörerna olika.

Sammanfattningsvis har Stryker offererat en produkt av den typ som efterfrågats. Landstinget har således inte haft rätt att förkasta Strykers anbud under påstående att så inte varit fallet. Stryker har uppfyllt alla skall-krav. Landstinget har vid sin bedömning felaktigt, och mot sina egna intentioner, utgått från skruvarnas dimension. Landstinget har därvid brutit mot såväl transparensprincipen som likabehandlingsprincipen.

Om Strykers anbud inte hade förkastats hade det varit ett av de tre anbud som haft lägst pris. Stryker har således lidit skada genom landstingets överträdelse av 1 kap. 9 § LOU.

#### **Landstinget**

Såsom Stryker anger i sin ansökan utgör inte förfrågningsunderlagets formulering "Anatomiskt utformad platta för skruvar 4,5/5 mm eller motsvarande" ett obligatoriskt krav avseende längd och mått på en viss produkt. Måtten utgör i stället en definition av själva produkten.

Nomenklaturen "4,5 mm" respektive "3,5 mm" är ett arv efter de första system för plattfixation som utvecklades av AO Foundation i Schweiz. Det anger skruvdiametern för de två rådande dimensionerna på såväl skruvar som plattor. När vinkelstabla skruvar, vilka i regel är något grövre, senare infördes fick denna nomenklatur ett tillägg "4,5/5,0 mm" respektive "3,5/4,0 mm".

Enligt all vedertagen praxis bland ortopedier används dessa benämningar än i dag för att differentiera mellan ett kraftigare system (4,5/5,0 mm) och ett mindre kraftigt system (3,5/4,0 mm) för plattfixation av frakturer. Andra

synonyma benämningar är för 4,5/5,0 mm "standardstorlek" eller "basic" och för 3,5/4,0 mm "småfragment". Det är alltså fråga om två olika system med olika dimensioner och hållfasthet. Till olika frakturer väljs den dimension som är mest lämplig.

Landstinget har valt att efterfråga 4,5/5,0 mm-systemet för proximala laterala tibia eftersom detta enligt landstingets erfarenhet är det behandlingsmässigt mest lämpliga. Landstingets bedömning, baserad på kliniska erfarenheter, är att materialet i 3,5/4,0 mm-systemet av platta och tillhörande skruvar inte erbjuder önskvärd stabilitet för dessa frakturer. Det ska understrykas att en upphandlande myndighet har stor frihet när den närmare bestämmer föremålet för en upphandling (RÅ 2010 ref. 78).

Tillägget "eller motsvarande" avser såsom Stryker angett att tydliggöra att det är en produkttyp/egenskap ("standardstorlek" respektive "småfragment") som avses och inte exakta mått, bl.a. inkluderas dimensionen 6,0 m.m. i produkttypen "standardfragment".

Förfrågningsunderlaget till trots har Stryker för proximala laterala tibia erbjudit ett system av typen 3,4/4,0 mm, dvs. ett s.k. småfragmentssystem.

Den studie Stryker hänvisar till har tveksam klinisk relevans eftersom det handlar om en experimentell, alltså inte klinisk eller ens vetenskaplig, studie som endast återspeglar materialegenskaper. Studien är finansierad av Stryker och endast publicerad i dess egen tidning, dvs. den utgör i princip egen produktinformation.

Det medges att tilldelningsbeslutet kan uppfattas som om Strykers offereerade produkt för aktuell underposition inte uppfyller ställda skall-krav. En mer rättvisande förklaring till varför Strykers anbud förkastats för aktuell position är att Stryker offererat en annan produkt än landstinget efterfrågat.

Det gör dock ingen skillnad i sak. Strykers anbud har således av uppenbara skäl förkastats i denna del.

Swemac Orthopaedics AB har offererat en sådan produkt som efterfrågats, och som uppfyller ställda obligatoriska krav. Att detta anbud antagits i denna del utgör således ingen brist i likabehandling gentemot bolaget.

Att tilldelningsbeslutet kunde ha formulerats något annorlunda för att tydligare förklara varför Strykers anbud förkastats i aktuell del har under inga omständigheter medfört skada eller risk för skada för Stryker, och kan därför inte föranleda någon åtgärd enligt LOU.

#### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det framgår vidare att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas vid upphandlingar.

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 enligt lagens 16 kap. 5 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

Frågan i målet är om Stryker offererat en produkt som motsvarar det landstinget efterfrågat i upphandlingen avseende proximal lateral tibia, enligt förfrågningsunderlaget "anatomiskt utformad platta för skruvar 4,5/5,0 mm eller motsvarande".

Landstinget har påstått att ortopederna "enligt all vedertagen praxis" använder benämningarna 4,5/5,0 mm och 3,5/4,0 mm för att skilja mellan ett kraftigare system och ett mindre kraftigt system för plattfixation av frakturer. Stryker har inte vederlagt påståendet. Vad som efterfrågats i upphandlingen får därför anses ha stått klart för Stryker.

En upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer föremålet för en upphandling så länge inte bestämmelserna i LOU åsidosätts (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78).

Landstinget säger sig för proximal lateral tibia ha valt att efterfråga 4,5/5,0 mm-systemet för att detta enligt landstingets erfarenhet är det behandlingsmässigt mest lämpliga. Utifrån kliniska erfarenheter erbjuder materialet i 3,5/4,0 mm-systemet av platta och tillhörande skruvar, enligt landstinget, inte önskvärd stabilitet för dessa frakturer.

Landstinget kan inte anses ha åsidosatt någon bestämmelse i LOU genom att bestämma föremålet för upphandlingen på sätt som skett.

Stryker anser att dess offererade system för proximal lateral tibia motsvarar den produkt som landstinget efterfrågat och hänvisar till att Strykers produkt används på sjukhus runt om i världen för fixering av frakturer på proximal lateral tibia för samma ändamål som plattor med skruvdimensionen 4,5/5,0 mm. För att styrka att dess produkt är likvärdig med en av de valda leverantörernas produkt åberopar Stryker en studie man låtit utföra.

Landstinget har med fog pekat på tveksamheter beträffande den av Stryker åberopade studien. Stryker har vidare inte lagt fram någon bevisning om att dess produkt med godtagbart resultat använts för samma ändamål som plattor för skruvar med dimensionen 4,5/5,0 mm eller motsvarande. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att landstingets påstående om att



Stryker inte offererat den produkt som landstinget efterfrågat avseende proximal lateral tibia måste godtas. Annat har därför inte kommit fram än att det varit riktigt av landstinget att inte anta Strykers anbud i denna del.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Stryker åberopat inte visar att landstinget brutit mot någon bestämmelse i LOU på ett sätt som medfört att Stryker har lidit eller kan komma att lida skada. Att tilldelningsbeslutet felaktigt formulerats som om Stryker inte uppfyllt ett skallkrav inverkar inte på bedömningen. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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



Sofia Blomkvist

Rådman

Föredragande: Magnus Wickström