



SÖKANDE

Stryker AB, 556516-1352
Box 50425
202 14 Malmö

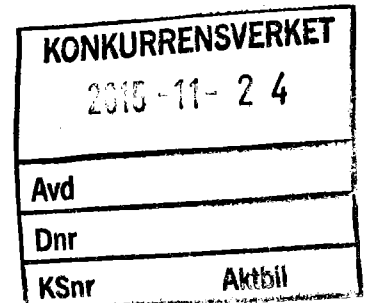
Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson
Advokat Magnus Stålmarker
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

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 förordnar att Landstinget i Kalmar läns upphandling Implantat knä 2015 med diarienummer 140481-A32, såvitt avser produktgruppen trikompartementella proteser, inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering avseende aktuell produktgrupp ska genomföras där anbudet från Stryker AB ska tas upp till utvärdering.

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 däribland anbudet från Stryker AB (Stryker). 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 Stryker. I beslutet angavs bl.a. följande. Stryker uppfyller inte krav 1.3.1.5 i kravspecifikationen, kravet förtydligas enligt svar på fråga 2 vid upphandlingens frågor och svar.

Stryker ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen såvitt avser produktgrupp trikompartementella proteser, får avslutas först sedan landstinget vidtagit rättelse som ska bestå i att landstinget gör en ny prövning av vilket anbud som ska antas och då även utvärderas anbudet från Stryker. Stryker yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Landstinget anser att ansökan om överprövning ska avslås i sin helhet.

Parterna anför bl.a. följande.

Stryker

Upphandlingen har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att landstinget har åsidosatt principerna om transparens och likabehandling under upphand-

lignen. Landstinget har felaktigt ansett att Strykers anbud avseende produktgrupp trikompartementella proteser inte uppfyller skall-kravet i punkten 1.3.1.5 i kravspecifikationen trots att Strykers anbud uppfyller skall-kravet. Av Strykers svar framgår att offererad produkt finns både som metallbackad och helplast. Av Strykers prisbilaga avseende produktgruppen trikompartementella proteser framgår i överensstämmelse härmed att Stryker offererar produkter både i form av metallbackad (raderna 52 – 59 i prisbilagan) och helplast (raderna 307 – 338 i prisbilagan). Skall-kravet i punkt 1.3.1.5 i kravspecifikationen anger endast vilka produkter som ska offereras. Av punkten kan inte utläsas att det endast är genom svaret på rad 15 i prisbilagan som skall-kravet kan uppfyllas. Landstinget kan inte välja att godtyckligt bortse från produkter som Stryker har offererat och som uttryckligen anges i Strykers anbud.

Landstingets argumentation angående att skall-kravet skulle ha förtydligats genom landstingets svar på fråga 2 i upphandlingens "Frågor och svar" övertygar inte. Landstinget angav där bl.a. att "I mittblocket anger ni en typprodukt med pris/st för respektive komponent som kommer att ligga till grund för att jämföra kvalificerade anbud". Med mittblocket åsyftar landstinget raderna 14 – 16 i prisbilagan. I denna del anger respektive anbudsgivare tre enstaka exempel utifrån alla de produkter som offereras. Som också framgår av Strykers anbud har Stryker angett en typprodukt med pris/st för respektive komponent på raderna 14 – 16 i prisbilagan. Stryker uppfyller alltså även denna önskemål från landstingets sida. Det är dock självklart inte enbart produkter som anges på raderna 12 – 16 i nettoprislistan som offereras utan även de andra produkterna i nettoprislistan offereras och ska beaktas när det gäller frågan om Stryker uppfyller aktuellt skall-krav.

Vidare anges i landstingets svar på fråga 2 bl.a. att "Tibiakomponenten består oftast av en metallkomponent som man sätter en plastinsats på. Dessa två delar utgör tillsammans det som efterfrågas". Av svaret i den delen kan

endast utläsas att landstinget menar att Tibiakomponenten oftast består av en metallkomponent med en plastinsats och när så är fallet är det dessa två delar som efterfrågas. Svaret säger ingenting om att anbudsgivarna skall ange just en sådan komponent. Landstingets svar måste även ses i samma kontext som frågan som landstinget besvarar. Av frågan att döma avser den leverantör som ställer frågan att ange en tvådelad komponent, men vet inte hur det praktiskt skall ske i landstingets formulär. Det är detta som landstinget besvarar och inget annat. Landstingets svar kan inte uppfattas som ett generellt skall-krav att alla andra anbudsgivare måste ange just en sådan tvådelad komponent som frågeställaren avser att ange. Av anvisningen på rad 15 i prisbilagan kan vidare inte utläsas att det måste anges just en metall-backad komponent med plastinsats på den raden. Anvisningen innefattar såväl en metall-backad komponent med plastinsats som en komponent helt i plast.

Stryker ifrågasätter dessutom att landstingets svar på fråga 2 överhuvudtaget utgör något skall-krav. Det är inte formulerat som ett skall-krav och kan inte heller uppfattas som ett skall-krav. Om ett skall-krav skall utgöra ett obligatoriskt krav måste det otvetydigt framgå att det är fråga om ett obligatoriskt krav, t.ex. genom användandet av synonyma uttryck såsom "måste". Landstingets svar innehåller emellertid bl.a. ordet "oftast" vilket tydligt signalerar att det inte är fråga om något obligatoriskt krav. Landstingets svar på frågorna 15 och 16 tillför inget ytterligare, utan svaren hänvisar bara till tidigare svar på fråga 2.

För det fall förvaltningsrätten ändå skulle anse att Strykers anbud inte uppfyller skall-kravet har förfrågningsunderlaget och då i synnerhet landstingets svar på fråga 2 i upphandlingens "Frågor och svar" varit oklart och otydligt vilket påverkat utformningen av Strykers anbud, varför upphandlingen i förekommande fall måste göras om.

Landstinget

Landstinget har genomfört upphandlingen helt i enlighet med LOU och vad som stipuleras i förfrågningsunderlaget. Det första tilldelningsbeslutet återtog av den anledningen att felaktigheter i utvärderingen av anbud uppmärksammats vilket meddelades anbudsgivaren i återtagandebeslutet. Återtagandet är helt i enlighet med gällande rätt. Om en anbudsgivare inte uppfyller det ställda kravet måste den upphandlande myndigheten enligt fast praxis förkasta anbudet. Om landstinget beaktat Strykers anbud i utvärderingen hade detta ansetts vara i strid mot kravet i 1 kap. 9 § LOU gällande likabehandling av leverantörer.

Av skall-kravet i punkt 1.3.1.5 följs av en skrivelse att helplast kan vara ett komplement är inte att se som en möjlighet för anbudsgivaren att offerera enbart ett system som är av helplast. Av ordalydelsen av skall-kravet får det således anses stå klart att komponenten skall vara metallbackad och inte av helplast som Stryker offererat. Samtliga andra anbudsgivare har offererat system i enlighet med ställt krav. Detta är en indikation på att kravet varit utformat på ett transparent och tydligt sätt. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan således läsa sig till i förfrågningsunderlaget vad som efterfrågas och därefter utforma sitt anbud utifrån detta.

Att Stryker angivit en produkt som är metallbackad i nettoprislistan avhjälp inte bristen i anbudet. I prisbilaga trikompartementella proteser anges under "Typ av artikel" att anbudsgivaren skall ange vilka komponenter/artiklar som ingår i efterfrågad artikel, även kallad mittblocket rad 12 – 16 i prisbilagan. Stryker har här angivit en produkt som är av helplast och därmed inte i enlighet med förfrågningsunderlaget. Rad 15 i prisbilagan anger explicit att anbudsgivaren skall ange uppgifter för Tibiakomponent/plastinsats. Utifrån fråga nr 2 under "Frågor och Svar" framgår det att det är klart för frågeställaren att det är två produkter som efterfrågas, en

Tibiakomponent som skall vara metallbackad enligt skall-krav och en plastinsats. Stryker har här enbart offererat ett system i helplast och uppfyller således inte ställda krav. Landstingets svar på fråga 2 förtydligar förhållandet ytterligare. Landstinget anger i sitt svar att mittenblocket (rad 12 – 16 i prisbilagan) kommer ligga till grund för att jämföra kvalificerade anbud. Landstinget anger även att Tibiakomponenten oftast består av en metallkomponent som man sätter en plastinsats på och att dessa två delar utgör tillsammans det som efterfrågas. Av detta svar framgår att det är två komponenter/artiklar som efterfrågas samt att den ena komponenten skall vara av metall och den andra i plast. Detta styrks även av landstingets svar på frågorna 15 och 16 i ”Frågor och svar”.

Landstinget bestrider Strykers anförande att svaret på fråga 2 inte är att anse som ett skall-krav. Svaret på frågan är till sin karaktär och rent språkligt att betrakta som ett obligatoriskt krav som måste uppfyllas även om ordet skall inte använts explicit i sig. Ett krav kan rent språkligt vara utformat på ett sådant sätt att det är oeftergivligt och ses som ett obligatoriskt krav som måste uppfyllas även om ordet skall eller ska inte finns med i kravet. Stöd för detta finns i doktrinen där terminologin bör-krav och skall-krav ofta kritiserar.

Stryker har inte på något sätt gjort sannolikt eller än mindre styrkt sitt påstående, för vilket Stryker har den fulla bevisbördan, att förfrågningsunderlaget kan tolkas som Stryker gör gällande. Stryker har inte heller i något hänseende styrkt sitt påstående att förfrågningsunderlaget skulle ha varit oklart och otydligt.

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 1.3 och 1.3.1.5 i förfrågningsunderlagets kravspecifikation för produktgruppen Trikompartementella proteser framgår följande. Tibiakomponent/plastinsats skall finnas som metallbackad, helplast kan vara ett komplement.

I förfrågningsunderlagets "Frågor och svar" ställdes bl.a. följande fråga under "fråga 2": Under "Typ av artikel" i Prisbilaga Trikompartementella proteser, skall vi även här ange alla ingående artikelnr, dessa anger vi i exemplet under som heter "respektive komponent/artikel – blir dubbelt. Det står även att vi skall ange pris/st men under prisexemplet ovan skall Tibiakomponent och plastinsats anges tillsammans – här blir ett totalpris för 2 komponenter och inte pris/st – vänligen förtydliga.

Landstinget svarade bl.a. följande. I översta blocket anger ni inga priser utan formel beräknar angivna priser. I mittenblocken anger ni en typprodukt med pris/st för respektive komponent som kommer ligga till grund för att jämföra kvalificerade anbud. I blocket nettoprislistan fyller ni i samtliga offererade produkter. Tibiakomponenten består oftast av en metallkomponent som man sätter en plastinsats på. Dessa två delar utgör tillsammans det som efterfrågas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att anledningen till att Strykers anbud inte utvärderats avseende aktuell produktgrupp är att anbudet inte ansetts uppfylla skall-kravet i punkt 1.3.1.5 på att Tibiakomponenten/plastinsatsen ”skall finnas som metallbackad”.

Landstinget gör sammantaget gällande att detta skall-krav förtydligats i enlighet med vad som framgår av landstingets svar på fråga 2 vid upphandlingens ”Frågor och svar” på så sätt att det får anses innefatta ett obligatoriskt krav på att den Tibiakomponent/plastinsats som ska finnas som metallbackad ska vara den som anges på rad 15 i prisbilagan och att denna skall bestå av en metallkomponent och en plastinsats. Det är ostridigt att den produkt som Stryker angett på rad 15 i aktuell prisbilaga inte är en metallbackad Tibiakomponent/plastinsats då den är helt i plast. Frågan är därmed om skall-kravet under punkt 1.3.1.5 ska tolkas på det sätt landstinget gör gällande.

Ordalydelsen av kravet i punkt 1.3.1.5 innebär inget annat än att en metallbackad Tibiakomponent/plastinsats ska finnas, vilket enligt förvaltningsrättens mening får anses innebära att en sådan produkt ska offereras i denna del av anbudet. Punkten innehåller ingen direkt hänvisning till att Tibiakomponenten/plastinsatsen ska finnas just på rad 15 i aktuell prisbilaga och inte heller att den delvis måste bestå av plast. Istället anges att helplast kan vara ett komplement.

Av landstingets svar på fråga 2 framgår att det som ska anges i mittenblocket i aktuell prisbilaga, som innefattar rad 15, är en typprodukt som kommer ligga till grund för att jämföra kvalificerade anbud. Även om typprodukten på rad 15 således särskiljer sig från de produkter som anges i nästa block, benämnt "Nettoprislista", då det är typprodukten som är grund för jämförelse med andra anbud anser förvaltningsrätten inte att det därigenom även framgår att det endast är typprodukten som är offererad och att det därför är denna som ska vara metallbackad enligt skall-kravet.

I aktuell prisbilaga anges precis ovanför mittenblocket att anbudsgivaren ska ange vilka komponenter/artiklar som ingår i ovan efterfrågad artikel samt prissätta respektive komponent/artikel vilket i viss mån talar för att det endast är respektive typprodukt som offereras och som därmed ska uppfylla samtliga skall-krav. Landstinget har dock i nästföljande mening av svaret på fråga 2 förtydligat att i blocket under mittenblocket benämnt nettoprislista ska samtliga offererade produkter fyllas i. Även produkter som anges under nettoprislistan får därmed anses vara offererade.

Kravet under punkt 1.3.1.5 kan därför enligt förvaltningsrättens mening inte anses ha förtydligats på så sätt att det innefattar ett obligatoriskt krav på att den Tibiakomponent/plastinsats som offereras ska vara den som anges på rad 15 i prisbilagan och att det är denna som ska vara metallbackad utan det får anses tillräckligt för att uppfylla skall-kravet på att en metallbackad Tibiakomponent/plastinsats ska finnas om denna tas med i nettoprislistan då den även därigenom utgör en offererad produkt.

Vad gäller landstingets påstående om att skall-kravet i punkt 1.3.1.5 även förtydligats på så sätt att det innebär att den produkt som anges på rad 15 skall bestå av en metallkomponent och en plastinsats kan förvaltningsrätten konstatera att detta grundar sig i att landstinget i svaret på fråga 2 vidare angett att Tibiakomponenten oftast består av en metallkomponent som man

sätter en plastinsats på och att dessa två delar utgör tillsammans det som efterfrågas. Av detta svar kan enligt förvaltningsrättens mening inte utläsas annat än att det utgör en upplysning angående hur pris/st ska anges i de fall då anbudsgivaren väljer att såsom typprodukt ange en Tibiakomponent som består av en metallkomponent och en plastinsats. I likhet med vad Stryker anför, anser förvaltningsrätten att detta uttalande, varken sett för sig eller i sitt sammanhang, inte rimligen kan tolkas som ett nytt skall-krav som innebär att alla anbudsgivare i och med detta svar måste offerera sådana tvådelade Tibiakomponenter som den aktuella frågeställaren avser att göra. Vad landstinget angett som svar på fråga 15 och 16 medför enligt förvaltningsrätten ingen annan bedömning då dessa svar hänvisar till svaret på fråga 2.

Det faktum att Stryker angett en produkt i helplast på rad 15 i prisbilagan utgör därmed enligt förvaltningsrättens mening inte skäl för att anse att Strykers anbud inte uppfyller skall-kravet i punkt 1.3.1.5. Landstinget har därmed inte haft skäl att utesluta Strykers anbud och genom att ändå göra så har landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom Strykers anbud inte utvärderats har Stryker i vart fall riskerat att lida skada. Den konstaterade bristen har inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet och det får anses tillräckligt att förordna om rättelse vilket ska ske genom att en ny anbudsutvärdering genomförs där anbudet från Stryker ska tas upp till utvärdering. Ansökan om överprövning ska därmed bifallas i enlighet därmed.

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.

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions and activities. It emphasizes that this is crucial for ensuring transparency and accountability in the organization's operations.

2. The second part of the document outlines the various methods and tools used to collect and analyze data. It highlights the need for consistent data collection practices and the use of advanced analytical techniques to derive meaningful insights from the data.

3. The third part of the document focuses on the role of technology in data management and analysis. It discusses how modern software solutions can streamline data collection, storage, and analysis processes, thereby improving efficiency and accuracy.

4. The fourth part of the document addresses the challenges associated with data management, such as data quality, security, and privacy. It provides strategies to mitigate these risks and ensure that the data remains reliable and secure throughout its lifecycle.

5. The fifth part of the document concludes by summarizing the key findings and recommendations. It stresses the importance of a data-driven approach in decision-making and the need for continuous monitoring and improvement of data management practices.