



SÖKANDE

Biomet Orthopaedics AB, 556312-5342
Box 306
201 23 Malmö

Ombud: Frida Toveby
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-02-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Västerbottens läns landstings yrkande om att förhandsavgörande från EU-domstolen ska inhämtas.

Förvaltningsrätten avslår Västerbottens läns landstings yrkande om att mål nr 1742-11 ska avskrivas.

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om såvitt avser produktgrupperna Axel A5 – A7, Höft H 8 och Knä H12 – H13.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västerbottens läns landsting har infordrat anbud avseende ramavtal för leverans av ortopediska implantat (dnr VLL 86-2011) till det egna landstinget, Norrbottens läns landsting samt Jämtlands läns landsting. Upphandlande myndighet är Västerbottens läns landsting (Landstinget). Genom tilldelningsbeslut i augusti 2011 och den 7 september 2011 har beslutats att anta ett antal leverantörer vilka varierar för de i upphandlingen olika produktgrupperna. - Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

Biomet Orthopaedics AB (Biomet) har den 8 september 2011 ansökt om överprövning av de i upphandlingen ingående produktgrupperna Axel A5 - A7, Höft H 8 och Knä H12 - H13 (mål nr 1742-11). I första hand yrkas att upphandlingen i nämnda delar ska göras om och i andra hand yrkas att upphandlingen i nämnda delar ska rättas genom ny anbudsutvärdering.

Landstinget har härefter den 30 september 2011 respektive den 3 oktober 2011 fattat nya tilldelningsbeslut, benämnda Rättelse av tilldelningsbeslut. I detta sammanhang beslutade Landstinget att inte utvärdera anbudet från Biomet då det inte bedömts uppfylla samtliga skall-krav.

Biomet ansöker i en särskild skrivelse om överprövning av de senare tilldelningsbesluten (mål nr 1920-11) och framställer samma yrkanden som i mål nr 1742-11.

Landstinget bestrider bifall till ansökningarna. Om förvaltningsrätten skulle finna att det inte finns skäl för att tillåta en ramavtalstid som överstiger fyra år, yrkar Landstinget att domstolen ska förordna om rättelse. Landstinget yrkar vidare att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen avseende frågan om ramavtalstid. Landstinget har även framställt yrkande om att mål nr 1742-11 ska avskrivas.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Biomet anför bl.a. följande.

Sammanfattning av grunderna

Upphandlingen strider mot LOU:s bestämmelser angående ramavtalstidens längd. Förfrågningsunderlaget är otydligt, det har inte varit möjligt att förutse hur utvärderingen skulle komma att gå till. Kvalificeringskrav har utvärderats i tilldelningsfasen. Utvärderingen strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Biomet har i poängtilldelningsfasen felaktigt erhållit poängavdrag. Biomet uppfyller skall-krav A6.1.1. Vidare har Biomet bifogat samtliga obligatoriska handlingar till anbudet.

Ramavtalstidens längd

Av förfrågningsunderlaget i nu aktuell upphandling följer att avtalsperioden för ramavtalet är 2011-05-01 - 2014-04-30 med option om förlängning 1 + 1 år. Den maximala avtalstiden är således fem år. Ramavtalets totala möjliga löptid är därmed otillåten.

I dokumentet Frågor-Svar har anbudsgivare ställt frågor avseende ramavtalstiden. Landstingen har svarat att en upphandling beträffande ortopediska implantat för några områden kräver en längre inlärningsperiod och att några är så pass sporadiskt förekommande att en avtalstid om fyra år anses väl kort. Detta är inte korrekt. Särskilt missvisande är påståendet beträffande de områden som nu överprövas. Marknaden och utvecklingen inom implantat är relativt sett långsam. Flera av de mest sålda implantaten har funnits i branschen i decennier. Nya produkter utgör oftast en vidareutveckling av äldre implantat. Anledningen är att implantaten måste uppvisa resultat av mångåriga studier och uppföljningar av operationer. De implan-

tat som upphandlas är så gott som uteslutande sådana som kirurger redan är väl bekanta med och/eller implantat som kirurger redan erhållit omfattande utbildning om. Nya implantat kräver på sin höjd ett fåtal veckors intensivutbildning. Vidare följer redan av klausulens utformning att lång inlärningsperiod inte är ett bärande argument. I sådant fall skulle avtalstiden vara fastställd till fem år och inte tre år med möjlighet till förlängning.

Landstinget har bevisbördan för att sådana undantagssituationer som utgör grund för en längre ramavtalstid än fyra år föreligger, se bl.a. prop. 2006/07:128 s. 334.

Enligt Konkurrensverkets yttrande i Kammarrättens i Stockholms mål nr 5609 - 5629-10 har undantagsförfaranden i praxis getts en mycket restriktiv tillämpning. De undantagssituationer som nämns i förarbetena utgörs av (i) avgränsade projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet slutar eller (ii) där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden. Inga motsvarande situationer är för handen i nu aktuellt mål.

Beträffande en upphandling av ortopediska implantat föreligger inte några särskilda skäl som kan kopplas till föremålet för kontraktet. Att läkare i allmänhet utbildar sig till specialister inom proteskirurgi tar givetvis tid men avsaknad av specialistkunskap är frikopplat från upphandlingen.

Såvitt Biomet känner till har upphandling av ortopediska implantat på senare tid inte varit föremål för längre ramavtalstider än fyra år. De sex senaste offentliga upphandlingarna i Sverige på det aktuella området har följande avtalsperioder:

Kronobergs landsting: 2011-03-31 – 2013-03-31 + 2 x 12 månader
Stockholms läns landsting: 2011-04-01 – 2013-03-31 + 24 månader
Östergötland läns landsting: 2011-09-01 – 2013-08-31 + 2 x 12 månader
Västra Götalandsregionen: 2011-11-01 – 2013-09-30 + 18 månader

Region Halland: 2011-12-01 – 2013-11-30 + 24 månader
Landstinget i Kalmar län: 2011-12-01 – 2012-11-30 + 1-36 månader i taget, längst t.o.m.
2015-11-30

Landstingens uppgift om inkörningsperioder om upp till sex månader är överdriven men utgör oavsett riktigheten häri inget särskilt skäl i LOU:s mening. Förhållandet att Landstinget behöver mer utbildningstid än andra landsting är inte hänförligt till upphandlingsföremålet.

Den längre otillåtna avtalstiden om fem år kan komma att begränsa konkurrensen på ett otillbörligt sätt. Biomet riskerar härigenom att lida skada. Förlängningsklausulen föreligger i upphandlingens konkurrensuppsökande skede vilket medför att upphandlingen ska göras om.

Landstinget anför bl.a. följande.

Ramavtalstidens längd

Enligt Landstingets mening finns det i denna upphandling särskilda skäl för en avtalstid som är längre än fyra år. Den avvägning som gjorts mellan dessa skäl och nyttjandet av konkurrensen genom förnyad upphandling är skälig och proportionerlig. Ramavtalet kan med nyttjande av maximal förlängning utsträckas att gälla i som längst fem år.

För det första finns för dessa produkter en inkörningsperiod om minst tre och i vissa fall upp till sex månader från det att ramavtalet undertecknats till dess att det kan tillämpas fullt ut. Med en grundavtalstid som i detta fall om tre år ger detta förhållande en egentlig avtalstid om två och ett halvt år.

Att operera implantat/proteser är tekniskt avancerade operationer. Detta gäller särskilt inom knä-, axel- och höftleden. Det finns klara skillnader mellan proteser från olika firmor där operatören måste lära sig de olika

instrumentariernas och protesernas skillnader för att kunna få ett tillfredsställande resultat.

Biomet hävdar att nya produkter oftast utgör en vidareutveckling av äldre implantat. När nya implantat utformas tar man utan tvekan vara på positiva och negativa erfarenheter från tidigare implantat men att kalla detta för enbart en vidareutveckling är att kraftigt förenkla erfarenheterna från protesforskning. I Sverige har man sedan lång tid mycket stor erfarenhet från världsunik forskning inom proteskirurgin med bland annat användande av oerhört exakt mätteknik på proteser, s.k. RSA-teknik, och genom stora kvalitetsregister med långtidsuppföljningar på olika proteser. Från denna forskning och även från enstaka exempel på enskilda kliniker i Sverige är det välkänt bland svenska proteskirurger att varje byte av en protes medför problem och att resultaten inte brukar vara optimala under inkörningsperioden. Särskilda kurser hålls för att lära sig de olika momenten som skiljer för de olika proteserna. Att planera och sedan operera dessa proteser i patienter med mycket olika förutsättningar kräver ordentlig utbildning och erfarenhet, inte minst därför att misslyckade resultat innebär risker för livslånga handikapp för patienterna. Att då medvetet byta protessystem på kort sikt kan vara direkt farligt ur ett operatörs- och patientperspektiv.

Vid flertalet ortopediska kliniker i Sverige finns vanligtvis någon/några läkare som specialiserat/profilerat sig på proteskirurgi inom antingen höft, knä eller axelområdet. Dessutom finns på kliniken de övriga läkarna som också deltar i protesopererandet, men behöver längre tid för att lära upp sig på eventuella nya protessystem eftersom de inte opererar lika frekvent och därför behövs också längre tid innan de har lärt sig nya protessystem. Förutom detta finns läkare under utbildning som ska lära upp sig på ett protessystem och där det är en stor nackdel om kliniken byter protessystem med hög frekvens. Samma förhållande gäller även annan operationspersonal. Detta medför att protessystemen normalt behöver minst ett – tre år på sig

för att slå igenom bland all personal vid en klinik och att operationerna löper på ett bra sätt. Om protessystemen då fungerar bra är det således helt adekvat att kunna förlänga löptiden med ett plus ett år innan en ny upphandling sker.

Landstinget noterar att i fem av de sex upphandlingar som Biomet refererar till ligger den totala ramavtalstiden inklusive förlängningar på fyra år. Behovet av långa avtalstider finns således hos fler än de landsting som omfattas av denna upphandling.

I det yttrande från Konkurrensverket som Biomet hänvisar till konstateras att EU-domstolen ännu inte prövat frågan om ramavtal. Såvitt Landstinget kunnat utreda har inte något mål avgjorts efter det att yttrandet upprättades. Tillämpningen av 5 kap. 3 § LOU utgör ytterst tolkning av EU-rätten vilket ankommer på EU-domstolen. Skulle förvaltningsrätten finna att det råder minsta tveksamhet huruvida de av Landstinget åberopade skälen utgör särskilda skäl eller om de är kopplade till föremålet för upphandlingen hemställer Landstinget att förvaltningsrätten inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten ska förordna om rättelse om förvaltningsrätten skulle finna att det inte finns skäl för att tillåta en ramavtalstid som överstiger fyra år. Rättelsen bör bestå i att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att tredje stycket i punkt 1.4 i handling T4, mall för ramavtal styrks. Alternativt kan förvaltningsrätten förordna att rättelsen ska bestå i att klausulen inte får tillämpas på sådant sätt att ramavtalets löptid överstiger fyra år. Den aktuella klausulen saknar helt koppling till det konkurrensuppsökande skedet. Den skada bolaget riskerar att lida kan först komma att uppstå efter det att ramavtalet som denna upphandling avser löpt och fram till dess att en ny upphandling är avslutad, dock maximalt under sex månader. Skadan eller risken för skada är således inte att hänföra

till denna upphandlings konkurrensuppsökande skede. Mot denna bakgrund av detta saknas grund för att förordna att upphandlingen ska göras om i de delar som omfattas av detta mål.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska 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. (1 kap. 9 § LOU)

Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. (5 kap. 3 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. (16 kap. 5 § LOU)

DOMSKÄL

Förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol (EU-domstolen)

Förvaltningsrätten finner det inte behövligt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen för att avgöra saken i målet. Landstingets yrkande där-om ska därför avslås.

Avskrivning av mål nr 1742-11

Förvaltningsrätten avser att inledningsvis pröva en av de frågor som hänförs till upphandlingen som sådan och förfrågningsunderlaget, nämligen om upphandlingen omfattat en otillåten ramavtalstid. Det finns redan av denna anledning inte skäl att avskriva mål nr 1742-11 från vidare handläggning. Landstingets yrkande avskrivning av aktuellt mål ska därför avslås.

Ramavtalets löptid

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i målen är ostridigt att den aktuella ramavtalstiden efter förlängning kan komma att uppgå till totalt fem år. Förvaltningsrätten beaktar härefter följande.

Ett ramavtal får enligt 5 kap. 3 § LOU löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Bedömningen av om det föreligger särskilda skäl ska göras utifrån vad som framgår av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (direktivet), förarbetena till LOU samt eventuell praxis på området.

I artikel 32.2 fjärde och femte styckena i direktivet anges följande. Ett ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet. En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

I beaktandesats 11 till direktivet anges följande. En gemenskapsdefinition av ramavtal bör fastställas, liksom särskilda regler för ramavtal som ingår för kontrakt som omfattas av detta direktiv. Enligt dessa regler får en upphandlande myndighet när den ingår ett ramavtal i enlighet med bestämmel-

serna i detta direktiv om bland annat offentliggörande, tidsfrister och villkor för anbudsgivning, under ramavtalets löptid ingå kontrakt som grundas på sådana ramavtal antingen genom att tillämpa villkoren i ramavtalet eller, om inte samtliga villkor fastställts i förväg, genom att på nytt inbjuda parterna i ramavtalet att lämna anbud utan fastställda villkor. En ny inbjudan att lämna anbud bör genomföras enligt vissa regler som syftar till att garantera den nödvändiga flexibiliteten och iakttagandet av de allmänna principerna, bland annat principen om likabehandling. Ramavtalets löptid bör därför begränsas och bör inte kunna överstiga fyra år, utom i fall som är vederbörligen styrkta av de upphandlande myndigheterna.

I förarbetena till 5 kap. 3 § LOU (prop. 2006/07:128 s. 334) uttalas följande. Det är oklart vad som menas med ”vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet”. Beaktandesats 11 ger ingen ledning vid tolkning av bestämmelsen. Regeringen är, i likhet med utredningen, av uppfattningen att ett krav på att särskilda skäl ska finnas bör motsvara direktivets undantagsfall. Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. – Utredningen har ansett att det är svårt att ange något exempel när bestämmelsen kan tillämpas. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden.

Av direktivet och förarbeten till 5 kap. 3 § LOU framgår att det ska röra sig om undantagssituationer för att en ramavtalstid överstigande fyra år ska vara befogad samt att det är den upphandlande myndigheten som har be-

visbördan för att det föreligger en undantagssituation (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5609 – 5629-10).

Landstinget har gjort gällande att det i förevarande fall finns särskilda skäl för en ramavtalstid som är längre än fyra år och som stöd härför anfört bl.a. följande. För aktuella produkter finns en inkörningsperiod om minst tre och i vissa fall upp till sex månader. Eftersom implantaten ska användas för tekniskt avancerade operationer krävs ordentlig utbildning och erfarenhet. Varje byte av protesssystem medför problem och protesssystemen behöver normalt ett - tre år på sig för att slå igenom bland all personal vid en klinik. Om protesssystemen då fungerar bra är det enligt Landstinget adekvat att kunna förlänga löptiden med ett plus ett år innan en ny upphandling sker.

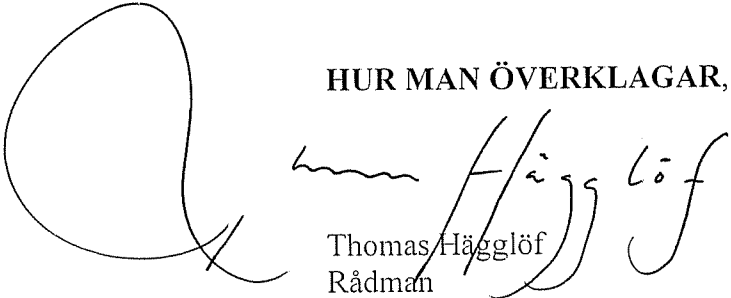
De skäl som Landstinget åberopat till stöd för en avtalstid utöver fyra år får visserligen anses vara kopplade till föremålet för kontraktet, dvs. ortopediska implantat. Frågan är emellertid om det kan anses vara fråga om ett vederbörligen styrkt undantagsfall och om det därför föreligger särskilda skäl för att tillåta en längre ramavtalstid än fyra år. Förvaltningsrätten noterar att det är fråga om en undantagsbestämmelse och därmed ska tolkas restriktivt samt att det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa att det föreligger ett undantagsfall. Förvaltningsrätten finner i detta sammanhang att Landstinget inte förebringat bevis eller utredning som visar att det skulle vara nödvändigt med en längre ramavtalstid än fyra år utan angett tämligen allmänt hållna skäl för den längre avtalstiden. Biomet har vidare, i motsats till vad Landstinget anfört, uppgett att de implantat som upphandlas i allt väsentligt är sådana som kirurger redan är väl bekanta med eller implantat som kirurger redan erhållit omfattande utbildning om. Nya implantat kräver enligt Biomet på sin höjd ett fåtal veckors intensiv utbildning. Förvaltningsrätten finner, med hänsyn till att Landstinget inte förebringat närmare utredning, inte skäl att helt bortse från vad Biomet

anfört i denna del. Till detta kommer att utredningen synes visa att andra landsting, som nyligen genomfört upphandlingar på det aktuella området, inte föreskrivit längre ramavtalstider än fyra år. På grund av det anförda bedömer förvaltningsrätten att Landstinget inte förmått visa att det föreligger särskilda skäl för att tillåta en längre ramavtalstid än fyra år.

Förvaltningsrätten finner vidare att den längre avtalstiden kan komma att begränsa konkurrensen på den aktuella marknaden på ett otillbörligt sätt. Den omständigheten att ramavtalstiden kan komma att överstiga fyra år med så mycket som ett år måste enligt förvaltningsrättens mening anses försvarande i sammanhanget. Den otillbörliga konkurrensbegränsningen medför att Biomet kan komma att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt LOU. Den aktuella klausulen förelåg redan i det konkurrensuppsökande skedet och kan därför ha medfört bl.a. att potentiella leverantörer avstått från att lämna anbud. Någon annan möjlighet än att göra om upphandlingen finns därför inte. Av detta följer att upphandlingen, såvitt avser produktgrupperna Axel A5 – A7, Höft H8 och Knä H12 – H13, ska göras om.

Med hänsyn till att Biomets ansökan ska bifallas redan på den grunden att det inte föreligger särskilda skäl för en ramavtalstid överstigande fyra år, saknas skäl att pröva Biomets övriga invändningar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1C LOU)



Thomas Hägglöf
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.