

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

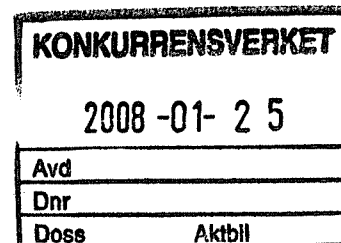
DOM
2008-01-24
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24482-07
Rotel 552

SÖKANDE

Bayer A/S
Box 606
169 26 Solna

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg



MOTPART

Stockholms läns landsting
SLL Upphandling
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår Bayer A/S:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens beslut den 16 november 2007 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 286907

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Stockholms läns landsting har inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende diabeteshjälpmedel. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt 2 kap. LOU.

Stockholms läns landsting har enligt tilldelningsbeslut den 7 november 2007 meddelat att Stockholms läns landsting har för avsikt att ingå avtal med annan leverantör än Bayer A/S.

Bayer A/S ansöker om överprövning enligt LOU

Länsrätten har den 16 november 2007 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

YRKANDEN M.M.

Bayer A/S yrkar i första hand att länsrätten beslutar om rättelse genom att utvärderingen görs om beträffande artikeln blodglukosmätare vid peritoneal dialys, varvid de av Johnson & Johnson AB offererade mätarna One Touch Ultra 2, One Touch Ultra Smart och One Touch Ultra Easy som inte uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen, inte får delta i en förnyad utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen skall göras om. Till stöd för talan anför bolaget bland annat följande.

Mätvärde

Stockholms läns landsting har uppställt ett krav beträffande glukosmätare på att de inte skall visa mätvärde vid för lite blod, men att felkod accepteras. Kravet framgår bland annat av kravspecifikationen. Johnson & Johnson AB har för One Touch Ultra 2, One Touch Ultra Smart och One Touch Ultra Easy angett att kravet uppfyllts och fått godkänt av Stockholms läns

landsting. Detta framgår av bilaga 2 till tilldelningsbeslutet. Bolaget accepterar inte detta. Via Johnson & Johnson AB:s hemsida kan manualerna för de offererade mätarna läsas. Av dessa framgår bland annat att: ”om bekräftelsefönstret inte är fullt, kan du få ett felmeddelande eller ett felaktigt testresultat”. Att bekräftelsefönstret inte är fullt innebär att mätaren har för lite blod. Detsamma framgår av hemsidans frågor och svar. Johnson & Johnson AB uppger således själv att för lite blod kan ge ett felaktigt testresultat. Följaktligen uppfyller inte mätarna Stockholms läns landstings krav och borde därför inte ha bedömts i den slutliga utvärderingen. Beträffande den kliniska dokumentation som Stockholms läns landsting refererar till i sitt yttrande kan följande sägas. 44 000 testresultat utgör endast en mycket liten andel av det totala antalet mätningar som sker i Sverige. Den nämnda undersökningen gjordes under 2004. Som en jämförelse kan nämnas att Johnson & Johnson AB under åren 2005 – 2007 har levererat drygt 46 000 000 teststickor. Mer intressant i sammanhanget är det förhållandet att Johnson & Johnson AB:s äldre mätare, som inte längre marknadsförs, användes vid undersökningen. Någon undersökning av motsvarande typ, med de mätare som Johnson & Johnson AB nu marknadsför och som offereras i denna upphandling, har inte genomförts. Det är beträffande de nu offererade mätarna som Johnson & Johnson AB varnar för felaktigt mätresultat vid för lite blod. Stockholms läns landsting hänvisar till en tidigare överprövning som berör frågan om felaktigt mätvärde. Vid den prövningen saknade såväl bolaget som länsrätten det underlag i form av information från Johnson & Johnson AB:s egen hemsida av innebörden att ett felaktigt mätresultat kan uppkomma om mätning sker med för lite blod, som ingivits i målet. Beträffande domen från 2005 skall sägas att domstolen i sina domskäl resonerar att det måste göras en skillnad mellan ett mätvärde och en felkod. Domstolen säger bland annat att ”det visserligen är så att One Touch Ultra”, enligt vad som framkommit i målet, startar vid för liten blodmängd, dock visas i sådana fel felmeddelandet ”Error 5””. Ett sådant felmeddelande är enligt länsrätten inget mätresultat och kan inte leda till att

det aktuella skall-kravet inte skall anses uppfyllt. Bolaget kan acceptera den argumentationen. Den springande punkten är dock att Johnson & Johnson AB nu självt tydligt varnar för att för lite blod vid mätning kan medföra ett felaktigt mätresultat.

Stockholms läns landsting anser att ansökan om överprövning skall avslås och anför bland annat följande.

Mätvärde

Då det gäller mätvärde anför Bayer A/S att tilldelad anbudsgivare pekat på att "för lite blod kan ge fel mätresultat". Landstinget vill understryka att skall-kravet anger att felkod accepteras. Sådan felkod ges av den valda produkten. Den valde leverantören har i tidigare upphandlingar försett landstinget med en "klinisk dokumentation" baserad på drygt 44 000 testresultat, som visar att inga inkorrekta mätresultat meddelats vid mätning med för liten blodmängd. Denna uppföljning av tillförlitligheten vid mätning med för liten blodmängd är, såvitt landstinget känner till, den största i sitt slag. Leverantören har vidare försett landstinget med en klinisk studie upprättad i september 2004. Landstinget önskar här jämte peka på att frågan rörande mätvärde tidigare varit föremål för övervägande med åtföljande dom den 7 oktober 2005 i mål nr 20130-05 varvid länsrätten fann att en ansökan om överprövning skulle avslås. Med vad som anförts bestrider landstinget att mätvärde inte skulle uppfylla ställda krav. Landstinget beaktar inkomna anbud vid utvärderingen men kontrollerar inte anbudsgivarens hemsida och dess innehåll. Stockholms läns landsting har vare sig vid denna eller tidigare upphandling använt anbudsgivarens hemsida som underlag. Mätvärdet anges i Johnson & Johnson AB:s till anbudet fogade manual. Den i tidigare yttranden åberopade studien har enligt Bayer A/S skett med äldre mätare. Landstinget vill här konstatera att det är fråga om samma mätsticka och samma programvara. Upphandlingen har enligt landstinget genomförts på ett sätt som står i överensstämmelse med LOU:s principer om likabehand-

ling och transparens samt i övrigt utförts på ett affärsmässigt sätt enligt 1 kap. 4 § LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 7 kap. 2 § LOU anges bland annat följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Ur anbudsförfrågan punkt 1.7 framgår bland annat följande.

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns ”skall-krav”. Dessa är markerade med fetstil. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa skall-krav är uppfyllda. Anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav kommer att förkastas.

Av anbudet **skall** framgå att samtliga skall-krav är uppfyllda.

Anbudet **skall** redovisa efterfrågade uppgifter och bör följa förfrågningsunderlagets struktur för att granskning och utvärdering av anbuderna ska kunna ske på ett effektivt och rättvisande sätt.

Ur kravspecifikationen framgår bland annat följande.

Generella krav gäller samtliga mätare och tillhörande teststickor.

- Mätaren skall ej visa mätvärde vid för liten blodmängd, felkod accepteras.

Länsrättens bedömning

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att en upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Vidare gäller de EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om den upphandlande enheten har åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsyn i 1 kap. 4 § LOU eller någon av de uppräknade EG-rättsliga principerna och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

De krav som den upphandlande enheten ställer i förfrågningsunderlaget kan uttryckas i så kallade skall-krav vilka, till skillnad från så kallade bör-krav, är ovillkorliga för att anbudet skall kunna komma i fråga för antagande. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav får inte antas eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivarna. Detta framgår bland annat av EG-domstolens praxis (jfr t.ex. mål C 243/89, kommissionen mot Danmark). En överträdelse av nämnda princip strider mot 1 kap. 4 § LOU.

I Stockholms läns landstings förfrågningsunderlag anges som generellt krav gällande samtliga mätare och tillhörande teststickor att mätaren ej skall visa mätvärde vid för liten blodmängd men att felkod accepteras. Johnson & Johnson AB har för One Touch Ultra 2, One Touch Ultra Smart och One

Touch Ultra Easy angett att kravet uppfyllts och fått godkänt av Stockholms läns landsting. Länsrätten anser inte att den upphandlande enhetens utredningsansvar utan vidare kan utsträckas till att omfatta regelrätt kontroll av anbudsgivarens underlag för anbudet. Stockholms läns landsting har följaktligen enligt länsrättens mening inte handlat felaktigt när landstinget utgått från de uppgifter som Johnson & Johnson AB uppgivit i fråga om att kravet uppfyllts. Vad Bayer A/S åberopat och anfört föranleder därvidlag ingen annan bedömning.

Länsrätten finner mot bakgrund av det anförda att det inte är visat att Stockholms läns landsting har åsidosatt kravet på affärsmässighet i LOU eller någon av de ovan uppräknade EG-rättsliga principerna. Bayer A/S:s ansökan om ingripande enligt LOU skall därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1a)


Eva Bäckström

Rådman

Föredragande har varit Berit Hamrén.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

