



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1  
 Maria Persson

**DOM**  
**2010-06-07**  
 Meddelad i  
 Malmö

Mål nr  
 6386-10 E

**SÖKANDE**

Octapharma Nordic AB, 556614-9794  
 112 75 Stockholm

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Emma Berglund  
 Hamilton Advokatbyrå Stockholm KB  
 Box 715  
 101 33 Stockholm

2010-06-11	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**MOTPART**

Region Skåne  
 291 89 Kristianstad

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Octapharma Nordic AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

**YRKANDEN M.M.**

Region Skåne genomför en upphandling av läkemedel och läkemedelsnära produkter LM2010, dnr 0901532. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har CSL Behring AB (Behring) tilldelats kontraktet.

**Octapharma Nordic AB** (Octapharma) har begärt överprövning av upphandlingen avseende ATC-kod J06BA02 och yrkat att upphandlingen ska göras om. Regionen har därefter beslutat att avbryta upphandlingen men har sedermera fattat beslut om att inte avbryta den. Som grund för sin talan har Octapharma anfört bland annat följande.

*Återkallande av avbrytandebeslut*

Regionen har i yttrande till förvaltningsrätten angett att de beslutat att avbryta upphandlingen mot bakgrund av vad som framkommit i målet. Regionen har varit av uppfattningen att det som Octapharma angett i ansökan om överprövning utgjort sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Vad som fått regionen att ändra sin inställning är okänt.

*Antal anbudsgivare*

En upphandlande myndighet kan ingå ramavtal med en eller med minst tre leverantörer om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna i 12 kap. 1 § andra stycket LOU. Varje ATC-kod räknas som ett ramavtal och det står upphandlande myndighet fritt att anta en eller flera anbudsgivare per ATC-kod. Det måste framgå av anbudsintjudan hur många anbudsgivare den upphandlande myndigheten avser att ingå ramavtal med för respektive ATC-kod. Regionens mål är att anta så få leverantörer som möjligt och har ingått avtal med flera anbudsgivare avse-

ende vissa ATC-koder. Det uppställs inget hinder i LOU att ingå ramavtal med flera leverantörer när tilldelningskriteriet är lägst pris. Det faktum att lägst pris är tilldelningskriterium avseende aktuell ATC-kod ger således ingen vägledning om hur många anbudsgivare som regionen avser att ingå ramavtal med. Det har således *inte stått klart* för Octapharma hur många anbudsgivare regionen avsett att anta. Det är av avgörande vikt för en anbudsgivare att veta om den upphandlande myndigheten avser att anta en eller flera anbudsgivare. Detta är främst av vikt vid prissättningen av anbudet. Om en anbudsgivare på förhand vet om det endast är en anbudsgivare som kommer att antas kan det innebära att ett annat pris offereras än om flera anbudsgivare kommer att antas. Det framgår inte hur många anbudsgivare som kommer att antas vilket har medfört att anbudsgivarna inte har kunnat förutse konsekvenserna av ett lämnat anbud. Detta strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Om Octapharma hade erhållit information om hur många anbudsgivare som skulle antas per ATC-kod hade Octapharmas anbud kunnat ha en annan utformning.

#### *Utvärderingen*

ATC-koden har utvärderats efter lägsta pris. Det är därför viktigt för anbudsgivarna att det framgår hur prisutvärderingen kommer att gå till. Det har inte angivits i anbudsinbjudan hur förbrukningsmönstret avseende olika förpackningsenheter för perioden juni 2008 – maj 2009 sett ut, vilket utgör en allvarlig brist. Som en följd vet inte anbudsgivarna vilka förpackningstyper som kommer att ligga till grund för utvärderingen. Om anbudsgivarna hade känt till hur förbrukningsmönstret sett ut hade anbudsgivarna kunnat göra andra överväganden i samband med prissättningen. Om en viss styrka eller förpackningsstorlek saknas kommer anbudsgivarens pris per gram att ligga till grund för utvärderingen. Det finns dock inget som säger att anbudsgivarna har identiskt pris per gram avseende samtliga offererade varor. Om en anbudsgivare saknade en viss styrka men offererat andra

styrkor med olika pris per gram framgår det inte av anbudsinbjudan vilken produkt som då hade lagts till grund för utvärderingen.

Vid en jämförelse mellan Octapharmas och Behrings anbud framgår att anbudsgivarna har offererat flera olika storlekar och styrkor på sina produkter samt att dessa inte fullt ut överensstämmer med varandra. Octapharma har offererat åtta olika förpackningstyper medan Behring endast offererat fyra. Octapharma har offererat såväl 50 mg/ml som 100 mg/ml medan Behring endast offererat 100 mg/ml. Det torde vara omöjligt för regionen att göra en rättvisande jämförelse efter tidigare förbrukningsmönster då anbudsgivarna inte offererat likvärdiga produkter. Det framgår inte heller av anbudsinbjudan vilka förpackningsstorlekar respektive styrkor som efterfrågas varför anbudet i stor utsträckning skiljer sig åt. Historiskt sett har regionens inköp till stor del avsett just 50 mg/ml. Detta har Behring inte ens offererat. Om det hade framgått av anbudsinbjudan att regionen endast avsett att anta anbud avseende 100 mg/ml hade Octapharmas anbud kunnat vara utformat på ett annat sätt och med andra priser.

I tilldelningsbeslutet redovisas endast anbudsgivarnas pris efter förbrukningsmönstret men inte uträkningsunderlag. Det är därmed omöjligt att i efterhand veta hur utvärderingen har gått till. Anbudsgivarna kan således inte kontrollera om utvärderingen har skett i enlighet med förbrukningsmönstret då såväl uppgift om förbrukningsmönster som uträkningsunderlag saknas. Octapharma har inte haft kännedom om vilken information andra leverantörer haft avseende förbrukningsmönstret. Den kännedom som någon av de befintliga leverantörerna kan ha avseende förbrukningsmönstret ska inte heller underskattas. Vid prissättningen kan denna kännedom utgöra en fördel som innebär att anbudsgivarna inte har samma förutsättningar att tolka utvärderingskriterierna. Utvärderingsmodellen och redovisningen i tilldelningsbeslutet strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

**Region Skåne** har bestritt bifall till ansökan och anfört i huvudsak följande.

*Antal anbudsgivare*

Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att regionen avsett att teckna avtal med så få leverantörer som möjligt. Vidare framgår det att aktuell ATC-kod kommer att utvärderas enligt lägsta pris. Då endast en leverantör kan lämna lägst pris kan följaktligen endast en leverantör antas för de positioner som utvärderas enligt lägsta pris. En leverantör är givetvis också det lägsta antal leverantörer som kan antas vilket överensstämmer med den skrivning ”så få leverantörer som möjligt” som anges i förfrågningsunderlaget. Det måste ha stått klart för Octapharma att endast en leverantör skulle komma att antas. Regionen har för vissa andra ATC-koder tecknat ramavtal med fler än en leverantör men i dessa fall har utvärderingen skett enligt modellen för vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Förfrågningsunderlaget är tydligt, transparent och förutsägbart.

*Utvärderingen*

Den aktuella ATC-koden har utvärderats enligt modellen lägsta pris. Hur priset har beräknats framgår av förfrågningsunderlagets bilaga 11. De offererade priserna har använts i en modell för att beräkna hur mycket en leverantörs anbud hade kostat regionen om endast deras priser och produkter hade använts under perioden juni 2008 – maj 2009. I de fall där viss förpackningsenhet saknats har denna ersatts med den mängd i mg eller gram som det motsvarar av motsvarande mängd i annan förpackningsenhet. Regionen har inte lämnat ut underlag som utvisar hur förbrukningen sett ut under perioden juni 2008 – maj 2009. Ingen av leverantörerna har tagit del av sådana uppgifter varför det kan konstateras att utvärderingskriteriet i denna del varken särbehandlat eller otillbörligt gynnat vissa leve-

rantörer framför andra. Den tillämpade utvärderingsmodellen innehåller särskilda för leverantörerna redovisade mekanismer för hur regionen kommer att gå tillväga om viss styrka eller förpackning som använts under nämnd period inte offererats. Det kommer inte att ha någon betydelse vilken styrka eller förpackning som offererats utan det som är avgörande är i stället leverantörens pris per gram. Förbrukningsmönstret i sig har inte haft någon betydelse vid utvärderingen utan det som varit avgörande har varit det pris per gram som lämnats av leverantörerna. Utvärderingskriterierna har formulerats på ett sådant sätt att alla leverantörer kan tolka dem på samma sätt. Mot bakgrund av att samtliga leverantörer varit medvetna om att ingen annan leverantör fått ta del av förbrukningsmönstret och att samtliga leverantörer känt till hur regionens utvärdering/beräkning skulle ske för det fall viss styrka eller förpackning som använts under nämnd period inte offererats torde utrymmet för olika tolkningar vara ytterst liten. Regionen har tillämpat de uppställda kriterierna på ett objektivt och enhetligt sätt. Den utvärderingsmodell som använts har varit transparent och förutsägbar samt tillämpats på ett icke-diskriminerande sätt.

Rätten har den 31 mars 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas avseende ATC-kod J06BA02 innan något annat har beslutats.

### **DOMSKÄL**

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriteriet än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Av 5 kap. 5 § LOU följer att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

I punkt B.3.3 under rubriken *utvärdering av anbud* anges att under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller kraven enligt ovan kommer det/de anbud att antas som för upphandlande myndighet är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till de i bilaga 7 angivna viktade utvärderingskriterier. Övriga ATC-koder/substanser kommer att utvärderas enligt lägsta pris enligt angivelse i bilaga 4. För de ATC-koder där fler än en leverantör antas kommer avrop att ske utifrån den medicinska professionens bedömning av patientens behov i mötet med patienten. Anbud kan komma att antas helt eller delvis. Upphandlande myndighet avser sluta kontrakt med så få leverantörer som möjligt.

I förfrågningsunderlagets bilaga 11 punkt 2 anges att priset kommer att beräknas som den totala kostnaden för efterfrågad ATC-kod vid 100 procent följsamhet till avtal med respektive leverantör. Den uträknade totala kostnaden förs sedan in i beräkningsmodellen som anbudsgivarens offerrade pris. Pris baseras på förbrukningen i mg eller gram under perioden

juni 2008 – maj 2009. Mängden fördelas på förpackningsenheter i enlighet med förbrukningsmönstret under samma period. Om en förpackningsenhet saknas ersätts den mängd i mg eller gram som det motsvarar, av motsvarande mängd i annan förpackningsenhet.

#### *Antal anbudsgivare*

Aktuell upphandling innefattar ett flertal ATC-koder/substanser där vissa utvärderas enligt utvärderingsgrunden lägsta pris och vissa enligt utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt förfrågningsunderlaget utvärderas aktuell ATC-kod enligt utvärderingsgrunden lägsta pris. Vid sådana förhållanden har man att utgå ifrån att kontrakt endast kommer att tecknas med endast en anbudsgivare dvs. den som har lämnat det lägsta priset såvida inget annat följer av förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening framgår inte annat av förfrågningsunderlaget än att regionen i förevarande fall avser att teckna kontrakt med den anbudsgivare som lämnat det lägsta priset.

#### *Utvärdering*

Det framgår klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att priset kommer att baseras på förbrukningen i mg eller i gram under perioden juni 2008 – maj 2009. Härav följer att det saknar betydelse vilken styrka eller förpackning som en anbudsgivare offererar eftersom det avgörande är det pris per gram som leverantören offererar. Det står således en leverantör fritt att offerera 100 mg/ml i stället för 50 mg/ml för att erhålla ett bättre jämförelsepris. Detta oavsett om Octapharma tagit del av förbrukningsmönstret eller inte. Med hänsyn till vad parterna anfört i målet finner förvaltningsrätten inte annat än att regionen följt den utvärderingsmodell som angivits i förfrågningsunderlaget. Enbart det faktum att Octapharma inte tagit del av



uträkningsunderlaget kan inte läggas till grund för att utvärderingen skulle strida mot LOU.

### **Sammanfattning**

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Octapharma inte förmått göra det sannolikt att Region Skåne brutit mot bestämmelserna i LOU på sådant sätt att det finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Octapharmas ansökan om detta ska därför avslås.

### **Särskilda upplysningar**

Rättens interimistiska beslut från den 31 mars 2010 upphör med denna dom att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1b)



Jan Bratt





**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
Avdelning 1  
Maria Persson

**DOM**  
**2010-06-07**  
Meddelad i  
Malmö

Mål nr  
6486-10 E

Sida 1 (12)

**SÖKANDE**

Bayer AB, 556051-3870  
Bayer Schering Pharma  
Box 606  
169 26 Solna

Ombud: Advokat Staffan Wilow och jur. kand. Fredrik Wennerstrand  
Advokatfirman af Petersens KB  
Box 7495  
103 92 Stockholm

**MOTPART**

Region Skåne  
291 89 Kristianstad

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

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

Dok.Id 12540

**Postadress**  
Box 4522  
203 20 Malmö

**Besöksadress**  
Kalendegatan 6

**Telefon**  
040-35 35 00  
**E-post:** forvaltningsrattenimalmo@dom.se

**Telefax**  
040-97 24 90

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

Region Skåne genomför en upphandling av läkemedel och läkemedelsnära produkter LM2010, dnr 0901532. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Novartis Sverige AB (Novartis) tilldelats kontraktet.

**Bayer AB** (Bayer) har begärt överprövning av upphandlingen så vitt avser interferon beta 1b, ATC-kod L03AB08, och yrkat i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny utvärdering görs till förmån för Bayer och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan har Bayer anfört bland annat följande.

*Leveranssäkerhet*

En upphandlande myndighet har vid kvalificeringsfasen att ta hänsyn till kriterier som har bäring på ekonomisk och finansiell ställning, teknisk förmåga, kapacitet och yrkeskunnande dvs. organisationsorienterade kriterier. Kvalificeringskraven syftar till att utgöra underlag för att bedöma om leverantören har förmåga att genomföra ett visst upphandlingskontrakt eller inte. Om leverantören bedöms klara av uppdraget föreligger det inte skäl att vid utvärderingen på nytt pröva leverantörens styrka och förmåga. Regionen har för kvalificeringsfasen uppställt och tagit hänsyn till kontroll av anbudsgivaren, kontroll av registrering och anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning. Utvärderingskriteriet leveranssäkerhet är att bedöma som ett sådant kriterium som är hänförligt till kvalificeringsfasen. Kriteriet är uteslutande organisationsorienterat då det tar sikte på leverantörens förmåga att genomföra sina skyldigheter enligt upphandlingskontraktet på så sätt att produkten levereras inom den stipulerade tidsfristen. Kriteriet ska således inte tillämpas som ett utvärderingskriterium.

Med hänsyn till hur substanslöst kriteriet hanterats i upphandlingen måste kriteriet ha uppställts och tillämpats som om det vore ett kvalificeringskriterium. Regionen har inte jämfört och utvärderat kriteriet mellan de olika anbuden vilket rätteligen skulle ha skett. Regionen synes mer ha jämfört och prövat kriteriet som ett skall-krav. Kriteriet har inte syftat till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I vart fall framgår det inte av upphandlingsrapporten på vilket sätt kriteriet syftat till och faktiskt bedömts för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot bakgrund av detta bestrider Bayer att mål C324/93 är tillämpligt på ifrågasvarande bedömning och att kriteriet leveranssäkerhet ska tillåtas användas, på sätt som skett, som ett bedömningskriterium.

Vid prövning av kriteriet har man utgått från den av leverantören lämnade garantin om viss leveransförmåga vartefter poäng tilldelats. En prövning utifrån en av leverantören overifierad lämnad garanti om leveranssäkerhet uppfyller inte kraven på en objektiv och enhetlig prövning. En objektiv och enhetlig prövning förutsätter att det underlag som leverantören åberopar som stöd för lämnad garanti utvärderas. Respektive leverantör är således skyldig att visa hur leveranssäkerheten kan garanteras. Det framgår inte av upphandlingsrapporten att regionen har prövat kriteriet med beaktande av det underlag som anbudsgivarna åberopat. Inte heller framgår det vilket underlag respektive leverantör åberopat som stöd för lämnad garanti. För att ett anbudskriterium inte ska bedömas som uppenbart oförmenligt och obehövligt och för att kriteriet dessutom ska tillmätas någon som helt bäring ska leverantören rimligen styrka de uppgifter och garantier som leverantören lämnar i sitt anbud. En prövning gjord endast utifrån vad leverantören uppger sig ha garanterat utgör enligt LOU inte en prövning av anbudet och i vart fall inte en objektiv och likabehandlande prövning. Regionen är skyldig att redovisa underlaget för prövningen i upphandlingsrapporten. Avsaknaden av sådana uppgifter innebär att upphandlingsrapporten är ofullständig. Regionen har således inte iakttagit likabehandlingsprincipen.

Novartis läkemedel Extavia är relativt nytt på den svenska marknaden och introducerades när Novartis ingick avtal med Landstinget i Östergötland med skyldighet att leverera fr.o.m. den 1 mars 2009. Den första leveransen var dock åtta månader försenad men förseningen var inte att hänföra till landstinget. Det finns således fog att ifrågasätta värdet av den av Novartis nu lämnade garantin om leveranssäkerhet och även regionens bedömning av kriteriet. Bayer och Novartis har tilldelats högsta möjliga poäng vid bedömningen av kriteriet. För det fall kriteriet leveranssäkerhet är tillämpligt vid utvärderingen ska Novartis tilldelas högst 50 poäng.

Betygsskalan avseende leveranssäkerhet är högst anmärkningsvärd med hänsyn till att en garanterad leveranssäkerhet > 96 % föranleder 75 poäng (av 100 möjliga) och leveranssäkerhet < 96 % föranleder 50 poäng. I praktiken innebär det en relativt sett mycket hög poängtilldelning även då någon som helst leveranssäkerhet inte garanteras. Eftersom en leverantör som inte garanterar någon leveranssäkerhet tilldelas 50 poäng måste nödvändigheten och nyttan med detta kriterium ifrågasättas. Regionen har vid viktning av kriteriet inte iakttagit proportionalitetsprincipen och de poäng som tilldelats står inte i rimlig proportion till nyttan med kriteriet.

#### *Handhavande*

Kriteriet har bedömts utifrån ett intervall om 0-10 poäng. Såväl Bayer som Novartis har tilldelats 10 poäng. Det framgår inte av upphandlingsrapporten vilket underlag som Novartis åberopat och som legat till grund för prövningen och poängtilldelningen. Avsaknaden av sådana uppgifter innebär att rapporten är ofullständig. Bayer har bifogat information och användarinstruktioner avseende sitt hjälpmedel, autoinjektorn. Eftersom Bayer endast kan utgå från att de är den enda leverantör som faktiskt bifogat information och användarinstruktioner samt annan relevant upplysning till

grund för bedömningen utgår Bayer från att kriteriet inte prövats objektivt och enhetligt. Bayers och Novartis produkter skiljer sig i aktuellt hänseenden väsentligen åt och Bayer borde ha tilldelats väsentligen högre poäng än Novartis. Även om Novartis faktiskt skulle ha bifogat information och användarinstruktioner har regionen inte prövat kriteriet objektivt och enhetligt. Påståendet vinner stöd av att Läkemedelsverket den 16 januari 2009 yttrat sig beträffande skillnaderna i Bayers produkt Betaferon och Novartis produkt Extavia. I utlåtandet framgår följande: ”Betaferons förpackningar innehåller till skillnad från Extavia hjälpmedel som gör det lättare för patienten att bereda injektionsvätskan. Dessutom kan den injektionsvätska som beretts av Betaferon användas i den autoinjektor som Bayer tillhandahåller. Detta är inte möjligt med den injektionsvätska som beretts av Extavia. Dessa skillnader anser Läkemedelsverket utgör hinder för utbytbarhet.” Utlåtandet har direkt bäring på kriteriet såsom det utformats i anbudsunderlaget. Regionen har vid utvärderingen inte beaktat likabehandlingsprincipen. Novartis ska tilldelas högst 5 poäng avseende kriteriet handhavande.

#### *Skälen för tilldelningsbeslutet*

Upphandlande myndighet ska skriftligen informera anbudssökandena om de beslut som fattas om tilldelning av ett kontrakt samt skälen till beslutet. Syftet är att ge anbudssökande som inte tilldelats kontrakt erforderlig information för att för framtida upphandlingsförfaranden bli konkurrenskraftiga samt för att kunna avgöra huruvida rättslig överprövning kan vara aktuell. Av mål C-81/98 framgår att alltför intetsägande information om varför en viss leverantör tilldelats ett kontrakt framför en annan kan innebära att myndigheten inte anses ha efterkommit skyldigheten att informera om skälen till beslutet. Skälen för tilldelningsbeslutet är otillräckliga.

**Region Skåne** har bestritt bifall till ansökan och anfört i huvudsak följande.

*Leveranssäkerhet*

EG-domstolen har i mål C-324/93 konstaterat att ett kriterium avseende leveranssäkerhet kunde användas som tilldelningskriterium eftersom det syftade till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det ställda kriteriet får användas som bedömningskriterium.

Det är av stor vikt för regionen att de produkter som omfattas av upphandlingen levereras på ett korrekt sätt och i korrekt tid. En upphandlande myndighet har fritt att välja de utvärderingskriterier som ska tillämpas under förutsättning att några grundläggande principer inte träds för när. Det faktum att en upphandlande myndighet anser att viss egenskap är viktigare och mer värdefull än en annan egenskap kan inte bedömas som oproportionerligt. Att en upphandlande myndighet viktar olika utvärderingskriterier kan inte heller anses stå i strid mot proportionalitetsprincipen. En upphandlande myndighet är skyldig att vikta de olika kraven när tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga tillämpas. Hur de olika kraven viktas är upp till den upphandlande myndigheten att bestämma.

Utvärderingskriteriet leveranssäkerhet är utformat på ett sådant sätt att det antingen kan anses vara uppfyllt eller inte. Av förfrågningsunderlaget framgår att den leverantör som kan garantera högre leveranssäkerhet än 96 procent får 75 poäng och den leverantör som endast kan garantera 96 procent eller lägre får 50 poäng. Krav på att garantin om viss leveranssäkerhet måste vara utformad eller styrkt på visst sätt ställs inte. Såväl Bayer som Novartis har garanterat högre leveranssäkerhet än 96 procent och båda leverantörerna har tilldelats 75 poäng. Av likabehandlingsprincipen följer att en leverantör redan vid anbudets utformning ska kunna förutse vad den upphandlande myndigheten begär och mot vilka kriterier dess anbud kommer att utvärderas. Det ställda kravet avseende leveranssäkerhet får



anses vara tydligt, transparent och förutsägbart. Vid prövningen av anbuderna har alla leverantörer som uppgett att de garanterar högre leveranssäkerhet än 96 procent fått 75 poäng. Leverantörerna har således behandlats lika. Det föreligger ingen skyldighet för regionen att redovisa underlaget för sin prövning i upphandlingsrapporten. Det rättsfall Bayer hänvisar till saknar relevans i detta sammanhang. För det fall regionen skulle utvärdera ingivet underlag skulle detta strida mot utvärderingskriterierna.

#### *Handhavande*

Av likabehandlingsprincipen följer att en leverantör redan vid anbudets utformning ska kunna förutse vad den upphandlande myndigheten begär och mot vilka kriterier dess anbud kommer att utvärderas. Det ställda kravet avseende handhavande får anses vara tydligt, transparent och förutsägbart. Samtliga anbud har genomgått samma prövning och har bedömts objektivt och enhetligt av regionens expertgrupp. Det återopade utlåtandet från Läkemedelsverket saknar relevans då Läkemedelsverket och regionens bedömningar är gjorda i olika kontexter. Utlåtandet avser en bedömning av om vissa läkemedel är utbytbara mot varandra eller inte. Sådana utlåtande görs inom ramen för det system inom vilket receptbelagda läkemedel ska bytas ut mot det billigaste och mest likvärdiga läkemedlet. Läkemedelsverkets bedömning är således inte en bedömning av hur bra eller dåligt visst läkemedel är ur handhavande synpunkt. Det kan noteras att Novartis inlämnat information och användarinstruktion avseende hjälpmedel och relevant autoinjektor. Det föreligger ingen skyldighet för regionen att redovisa underlaget för sin prövning i upphandlingsrapporten.

Rätten har den 1 april 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas avseende interferon beta 1b, ATC-kod L03AB08 innan något annat har beslutats.

## DOMSKÄL

### Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Av 9 kap. 9 § LOU följer att en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

### Förvaltningsrättens bedömning

Av kompletterande information till förfrågningsunderlaget avseende ATC-kod L03AB08, daterad den 18 december 2009, framgår att utvärderingen

kommer att ske utifrån utvärderingsformen det ekonomiskt mest fördelaktiga och inte enligt tidigare angivelse lägsta pris. Vidare framgår det att en separat viktningsmodell har tagits fram för ATC-kod L03AB08 vilken finns att tillgå i bilaga nr 7 a. Enligt bilaga 7 a kommer anbuden att värderas med hänsyn till följande utvärderingskriterier:

- Sortiment max 5 poäng
- Handhavande max 10 poäng

Poängpåverkande faktorer: Hjälpmedel för att underlätta beredning (upplösning/spädning), autoinjektor

Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga: Information och användarinstruktion avseende hjälpmedel och relevant autoinjektor

10 poäng: Hjälpmedel för beredning och kompatibel autoinjektor finns  
5 poäng: Hjälpmedel för beredning eller kompatibel autoinjektor finns  
0 poäng: Hjälpmedel för beredning och kompatibel autoinjektor saknas

- Leveranssäkerhet max 75 poäng

75 poäng: > 96 % leveranssäkerhet garanteras  
50 poäng: = 96 % leveranssäkerhet

- Miljökrav förpackning max 10 poäng

#### *Leveranssäkerhet*

EG-domstolen konstaterade i mål C324/93 att ett kriterium avseende leveranssäkerhet kunde användas som tilldelningskriterium då det syftade till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt förvaltningsrätten har kriteriet leveranssäkerhet i förevarande upphandling syftat till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet genom att utröna i vilken utsträckning anbudsgivaren kan garantera leveranssäkerhet. Kriteriet har således syftat till att fastställa hur väl en anbudsgivare kan genomföra det aktuella kontraktet och det bedöms därför som tillåtet att utvärdera leveranssäkerhet i upphandlingen.

Det står en upphandlande myndighet fritt att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas så länge kriterierna är förenliga med de grundläggande principerna. I förevarande fall har regionen bedömt att det är oerhört värdefullt med en leverantör som kan garantera leverans på ett säkert sätt och i korrekt tid. Dessutom är en upphandlande myndighet skyldig att ange utvärderingskriteriernas inbördes förhållanden när de använder sig av utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid upphandlingar över tröskelvärdena. Förvaltningsrätten finner inte att viktningen av kriteriet och poängtilldelningen strider mot proportionalitetsprincipen.

När det gäller utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska det anbud antas som utifrån angivna utvärderingskriterier bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlande myndighet tilldelar anbudsgivarna poäng efter hur väl de uppfyller utvärderingskriterierna. Anbudena ska inte ställas mot varandra utan ska utvärderas efter hur väl de uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Av praxis följer att förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt utformat så att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. I förevarande upphandling framgår det klart och tydligt att den leverantör som kan garantera en leveranssäkerhet på över 96 procent erhåller 75 poäng och det uppställs inga särskilda krav i förfrågningsunderlaget på att lämnad garanti om leveranssäkerhet ska vara utformad på ett visst sätt. Vidare föreligger det enligt LOU ingen skyldighet för regionen att redovisa underlaget för sin bedömning i upphandlingsrapporten. Förvaltningsrätten finner inte annat än att regionen har gjort en objektiv och enhetlig bedömning av anbudena och följt den utvärderingsmodell som angivits i förfrågningsunderlaget.

Det är den upphandlande myndigheten som har att utvärdera ingivna anbud. Varje upphandling är unik och förutsättningarna är olika. Novartis

anbud har således bedömts utifrån förutsättningarna i aktuell upphandling. Att Novartis i en tidigare upphandling levererat för sent kan följaktligen inte ligga till grund vid utvärderingen i aktuell upphandling. Även om Bayer anser att Novartis endast ska tilldelas 50 poäng avseende kriteriet leveranssäkerhet finner förvaltningsrätten att Bayer inte förmått göra det sannolikt att regionen tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av Novartis anbud.

#### *Handhavande*

Läkemedelsverket utlåtande avseende huruvida ett visst läkemedel är utbytbar mot ett annat läkemedel är ovidkommande vid bedömningen av handhavande i aktuell upphandling. Vidare föreligger det enligt LOU ingen skyldighet för regionen att redovisa underlaget för sin bedömning i upphandlingsrapporten. Även om Bayer anser att deras produkt skiljer sig väsentligen åt från Novartis produkt och att de därmed borde erhållit högre poäng anser förvaltningsrätten att Bayer inte förmått göra det sannolikt att regionen tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av Novartis anbud.

#### *Skälen för tilldelningsbeslutet*

I bilaga A:2 till upphandlingsrapporten framgår att Bayer har erhållit högsta poäng avseende samtliga kriterier men att bolaget har lämnat ett tämligen högre pris än Novartis. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Bayer lidit eller kan komma att lida skada. Enligt förvaltningsrättens mening har Bayer inte förmått visa att man har lidit eller kan komma att lida skada till följd av utformningen som sådan av tilldelningsbeslutet.

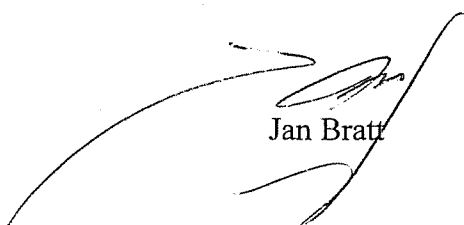
### Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Bayer inte förmått göra det sannolikt att Region Skåne brutit mot bestämmelserna i LOU på sådant sätt att det finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Bayers ansökan om detta ska därför avslås.

### Särskilda upplysningar

Rättens interimistiska beslut från den 1 april 2010 upphör med denna dom att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1b)



Jan Bratt