



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2014-12-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26549-14

SÖKANDE

Abcur AB, 556701-3957

Ombud: Advokat Mikael Karlsson och jur.kand. Fanny Sonander
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2014-12-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Landstingsjuristen Paul Collins
Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 556063

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför upphandlingen Läkemedel på rekvisition 2015 (SLL450) genom ett öppet förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). I anbudsinbjudan anges att avtal avses ingås med en leverantör eller flera leverantörer per position (ATC-kod eller delar av denna). Två anbudsgivare lämnade in anbud avseende noradrenalin (position 70). Tilldelning av avtal för denna position ska ske enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom tilldelningsbeslut den 24 oktober 2014 beslutade SLL att anta annat företag än Abcur AB (bolaget) som leverantör.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar 1) att upphandlingen avseende position 70 ska få avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att vinnande leverantör utesluts, 2) att upphandlingen avseende position 70 ska få avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att vinnande leverantörs anbud utvärderats på korrekt sätt, vilket innebär att detta anbud tilldelas ett högre jämförelsevärde samt 3) att upphandlingen ska göras om.

Som grund för yrkande 1) anger bolaget följande. Genom att för position 70 felaktigt pröva och anta vinnande anbud har SLL agerat i strid med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. Vid en korrekt anbudsvärdering skulle vinnande anbud ha uteslutits på grund av att anbudet inte uppfyllt samtliga urvalskriterier. Om vinnande anbud uteslutits så skulle bolagets anbud ha utgjort det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet för position 70 och bolaget skulle ha tilldelats kontrakt för positionen. Bolaget har därmed riskerat att lida skada såsom anges i 16 kap. 6 § LOU.

Som grund för yrkande 2) anger bolaget följande. Genom att felaktigt pröva och anta vinnande anbud har SLL agerat i strid med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. SLL har vid utvärderingen beräk-

nat vinnande anbuds pris felaktigt och tilldelat detta anbud för höga poäng. Om priset för vinnande anbud hade beräknats korrekt och tilldelats korrekt antal poäng så skulle bolagets anbud ha utgjort det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för position 70. Bolaget skulle därmed rätteligen ha tilldelats kontrakt för denna position och riskerar på grund av SLL:s agerande att lida skada på det sätt som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Som grund för yrkande 3) anger bolaget följande. Anbudsinbjudan har utformats på ett sätt som strider mot den EU-rättsliga principen om öppenhet. SLL har i anbudsinbjudan förbehållit sig rätten att avgöra huruvida en förpackningstyp som saknas i ett anbud *antingen* ska ersättas med motsvarande kvantitet från annan förpackningstyp hos anbudsgivaren *eller* ska ersättas med en förpackning från annan leverantör. Detta förbehåll skapar en oförutsebarhet hos anbudsgivarna som inte kan accepteras och som påverkar anbudsgivarnas utformning av sina anbud. Genom att SLL har utformat anbudsinbjudan i strid mot principen om öppenhet så riskerar bolaget att lida skada.

SLL bestrider bifall till bolagets yrkanden. Som grund för denna inställning anges att upphandlingen har gjorts på ett korrekt sätt och att SLL inte på något sätt har brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Vidare anges att bolaget inte lider eller riskerar att lida någon skada.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

Bolagets yrkande 1) Yrkesmässig kapacitet - leveranssäkerhet

Bolaget anför bl.a. följande

I anbudsinbjudan punkt 6 har krav ställts på att anbudsgivaren ska ha en god leveranssäkerhet:

Anbudsgivaren **ska** ha en god leveranssäkerhet. Anbudsgivaren **ska** i sitt anbud redovisa servicegrad (andel kompletta leveranser i tid (inom 24 h)) mellan anbudsgivaren eller dess underleverantör (tex partihandel)

och beställaren eller dennes underleverantörer (försörjningsentreprenörer) för perioden 2013-05-01-2014-04-30 avseende läkemedel beställda på rekvisition för SLL:s räkning.

I de fall servicegraden understiger 98,0 % totalt ska anbudsgivaren redogöra för de läkemedel som haft lägre servicegrad samt vidtagna åtgärder för att säkerställa en god leveranssäkerhet.

Av vinnande anbud framgår att den genomsnittliga leveranssäkerheten för de produkter som det bolaget upphandlat med SLL under aktuell tidsperiod har varit 96,9 %. Anbudsgivaren har uppgett att bristen hänför sig till två läkemedel, men av bilaga till vinnande anbud framgår att även leveranssäkerheten för ett tredje läkemedel har understigit 98 procent och därmed varit bristfällig. Genom att inte nå upp till en leveranssäkerhet om 98 procent så har vinnande anbudsgivare haft att redogöra för de åtgärder som vidtagits för att säkerställa en god leveranssäkerhet. Anbudsgivaren har uppgett att bolaget arbetar för att leveranssäkerheten ska komma att förbättras/normaliseras, men någon redogörelse för vilka åtgärder som vidtagits har inte lämnats. Därmed har det obligatoriska kravet avseende leveranssäkerhet inte uppfyllts. SLL har inte ens påstått att vinnande leverantör har redogjort för de åtgärder som vidtagits för att förbättra leveranssäkerheten. Att redogöra omständigheter är inte samma sak som att redogöra för vidtagna åtgärder för en förbättring. Inte heller ett påstående om att arbete pågår för att åtgärda leveransbristerna uppfyller det aktuella obligatoriska kravet. Med hänsyn till att SLL i aktuell upphandlingsrapport har angett att säkerställandet av leveranser var ett av de övergripande syftena med upphandlingen så rör det sig om ett i högsta grad relevant och proportionerligt krav. Om en upphandlande myndighet gör subjektiva överväganden om att en leverantör överlag har uppvisat en högre grad av leveranssäkerhet så innebär det ett tydligt avsteg från principen om likabehandling.

SLL anför bl.a. följande

I vinnande anbud redovisas aktuell servicegrad avseende genomförda leveranser av läkemedel beställda på rekvisition för SLL:s räkning under

relevant period. Enligt uppgift i anbudet har leveranssäkerheten avseende tre läkemedel visats understiga den efterfrågade servicegraden av 98,0 procent. Anbudsgivaren ska därför redogöra för "vidtagna åtgärder för att säkerställa god leveranssäkerhet". I vinnande anbud anges att bolaget "haft en mycket stor marknadsandel i Sverige på två produkter" och "att efterfrågan varit större än beräknat" samt att "de arbetar för att leveranssäkerhet ska komma att förbättras/normaliseras under hösten 2014". Vinnande leverantör har redogjort för de omständigheter som har påverkat leveranssäkerheten negativt under den angivna perioden samt att de vidtar åtgärder ("arbetar") för att komma tillrätta med angivna brister. SLL har inte någon anledning att betvivla dessa uppgifter och att de gäller de tre aktuella preparaten. I vinnande anbud ges således en adekvat redogörelse för att uppfylla kravet i anbudsinbudans punkt 6 andra stycket. Enligt SLL:s uppfattning tillhör vinnande leverantör de bolag som överlag uppvisar en högre grad av leveranssäkerhet. Det vore vidare oproportionerligt att förkasta vinnande anbud i upphandlingen på grund av att redogörelsen är något otydlig och eftersom eventuella leveransbrister avser andra läkemedel än de som omfattas av upphandlingen.

Bolagets yrkande 2) del 1 - Ersättning av saknad förpackningstyp

Bolaget anför bl.a. följande

SLL har i anbudsinbudan punkt 11.1.1 angett att i fall då en leverantör saknar en viss förpackningstyp så ska denna förpackningstyp ersättas med en förpackning från annan leverantör, om det ur ett användarperspektiv är praktiskt olämpligt att ersätta förpackningstypen med en annan av anbudsgivarens egna förpackningar.

Vinnande leverantör saknar förpackningsstorleken 10 x 10 ml och SLL har med anledning av detta valt att beräkna priset på detta bolags anbud utifrån att annan av dess förpackningstyp har kunnat ersätta den saknade förpack-

ningstypen. Den efterfrågade förpackningen har ersatts av förpackningsstorleken 5 x 2 ml (vilket måste tolkas som att en förpackning om 10 x 10 ml ersätts med tio förpackningar om 5 x 2 ml). En sådan ersättning kan inte göras med hänsyn till användarperspektivet. Vid en jämförelse mellan vinnande anbud och bolagets anbud blir effekten att den som ska använda 10 ml noradrenalin och använder sig av bolagets förpackning endast kommer att behöva dra upp vätska ur en ampull, medan den som använder sig av vinnande leverantörs förpackning kommer att behöva dra upp vätska ur fem stycken ampuller.

Noradrenalin används vid behandling av kritiskt sjuka människor på en intensivvårdsavdelning där många svävar mellan liv och död. I en sådan situation är det inte möjligt att jämföra ett iordningsställande som innebär att bryta fem ampuller med en ampull. Förutom en ökad arbetsbelastning och tidsåtgång så ökar även risken för att begå fel i samband med spädning och iordningställande. Bolagets förpackningar med 10 ml ampuller har köpts in utanför ramavtal trots att SLL har haft tillgång till 4 ml ampuller. Detta talar med styrka för att fem stycken 2 ml ampuller inte är ett alternativ till en 10 ml ampull.

Bolaget ifrågasätter betydelsen av att gå in på hur stor förbrukningen har varit av de olika förpackningstyperna vid bedömningen av om en förpackningsstorlek kan ersätta en annan. Det anges inte heller i förfrågningsunderlaget att SLL har haft för avsikt att beakta försäljningsstatistiken av olika förpackningsstorlekar vid denna bedömning (utöver vad som redan gjorts genom modellen för utvärdering som ju i sig tar höjd för försäljningsvolym på så sätt att en liten försäljningsvolym ger litet utslag vid avsaknaden av en förpackningsstorlek).

Den ersättning av förpackningstyp som gjorts i detta fall är således i högsta grad olämplig ur ett användarperspektiv. SLL har genom sitt agerande av-

vikit från uppställda kriterier i anbudsinbjudan. Om SLL istället hade ersatt 10 x 10 ml förpackningen med efterfrågad förpackningstyp från annan leverantör så hade priset för vinnande leverantörs anbud blivit högre.

SLL anför bl.a. följande

SLL har enligt anbudsinbjudan rätt att bedöma vilka förpackningar som kan eller inte kan ersätta en saknad anbudsvare i de fall en leverantör saknar en viss förpackningstyp. Möjligheten att byta ut eller ersätta vissa förpackningsstorlekar är en självklar förutsättning dels för att SLL ska kunna upphandla de läkemedel som behövs, dels för att leverantörers sortimentsbegränsningar inte ska utgöra ett oöverstigligt hinder för deltagande i SLL:s upphandlingar av läkemedel på rekvisition.

Förpackningsstorleken 10 x 10 ml har funnits på marknaden under bara ett fåtal år vilket syns i SLL:s förbrukningsstatistik. Denna förpackningsstorlek står för endast 2 procent av de förpackningar som rekviderats 2013 inom SLL medan 2 ml och 4 ml ampuller däremot står för 98 procent. Endast en vårdenhet inom hela SLL har köpt denna större förpackningsstorlek. SLL:s behov av denna förpackningsstorlek bedöms även fortsättningsvis vara ytterst marginell.

SLL:s expertråd inom Anestetika, vätsketerapi & nutrition har funnit att det extra besvär, ur användarperspektiv, att bryta fem stycken 2 ml ampuller jämfört med att bryta ett stycke 10 ml ampull, i de ytterst få fall som 10 ml noradrenalin behövs, inte är ett stort praktiskt bekymmer. Denna mycket begränsade olägenhet för användarna bör också ses i ljuset av kostnadsskillnaden på vinnande leverantörs ampuller jämfört med, i detta fall, bolagets alternativa förpackningsstorlek. Det vore oproportionerligt om SLL skulle tvingas att lägga till en annan leverantörs dyrare förpackningstyp i utvärderingen när förbrukningen är så pass liten och varken omständigheterna eller SLL:s eget behov kräver det.

Bolagets yrkande 2) del 2 - Felaktig tillämpning av viktningsmall

Bolaget anför bl.a. följande

Bedömningen av ekonomiskt mest fördelaktigt anbud ska göras enligt viktningsmallen för position 70. I viktningsmallen anges vissa allmänt hållna uppgifter om vilka mervärden som efterfrågas men det går inte att utifrån dessa uppgifter bilda sig en uppfattning om hur angivna mervärden kommer att poängbedömas. Vinnande leverantör har tilldelats för stort antal poäng.

Sortimentsbredd. Såväl vinnande leverantör som bolaget har tilldelats full poäng för sortimentsbredd enligt beräkningsgrunderna injektionsflaska, ampull, storlek och styrka. Bolaget kan erbjuda läkemedlet noradrenalin i fyra olika förpackningsstorlekar (10 x 10 ml, 10 x 4 ml, 5 x 2 ml samt 5 x 4 ml). Vinnande leverantör kan endast erbjuda två olika storlekar (5 x 2 ml och 5 x 4 ml). Storleken 10 x 10 ml utgjorde 5,5 procent av SLL:s totala användning av noradrenalin under 2013, vilket är en betydande del. Vidare kan konstateras att av de förpackningstyper som efterfrågades under 2013 så har bolaget kunnat leverera i enlighet med efterfrågan i drygt 97 procent av fallen medan vinnande leverantörs förpackningstyper endast efterfrågats i 2,7 procent av fallen. Det är därmed uppenbart att vinnande anbud måste tilldelas lägre poäng än bolaget och med hänsyn till att avsaknaden av förpackningen 10 x 10 ml leder till stora praktiska problem för en användare så ska vinnande anbud tilldelas noll poäng i denna del.

Hantering. Såväl bolaget som vinnande leverantör har tilldelats full poäng för hantering utifrån kriterierna hantering, förvaring och blandbarhet trots att vinnande leverantörs läkemedel har en mindre god hållbarhet. Vinnande leverantörs produkt håller i arton månader medan bolagets produkt håller i två år. Vinnande leverantörs läkemedel har även mindre god blandbarhet eftersom det endast kan spädas på två olika sätt medan bolagets läkemedel

kan spådas på ytterligare två sätt. Att hanteringen av vinnande leverantörs fem stycken ampuller i stället för bolagets enda ampull givetvis innebär större tidsåtgång och därmed större kostnad ska också framhållas. Hanteringen av vinnande leverantörs läkemedel ska således anses vara "mindre god" och tilldelas noll poäng i denna del.

Förpackningar. Såväl vinnande leverantör som bolaget har tilldelats full poäng för förpackningarnas användarvänlighet och säkerhet med hänsyn till bl.a. kontamineringsrisk. Med hänsyn till att vinnande leverantör inte kan erbjuda en förpackning om 10 x 10 ml och att SLL har utgått från bytet till 10 förpackningar om 5 x 2 ml så är användarvänligheten att betrakta som mindre bra/mindre ändamålsenlig. Kontamineringsrisken ökar också i samband med antalet ampuller som måste hanteras. Vinnande anbud borde rätteligen ha tilldelats noll poäng avseende förpackningar.

Sammanfattningsvis skulle vinnande anbud ha tilldelats ett högre jämförelsetal och bolagets anbud hade rätteligen bedömts som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

SLL anför bl.a. följande

Utvärderingen genomfördes av SLL:s expertråd inom Anestetika, vätsketerapi & nutrition som bedömt läkemedlen utifrån de angivna kvalitetskriterierna i utvärderingen. I enlighet med instruktionerna för viktningsmallen har SLL gjort en helhetsbedömning av de olika kvalitetskriterierna för varje enskilt läkemedel i upphandlingen. SLL har inte jämfört läkemedlen på det sätt som bolaget gör i sin ansökan.

Sortimentsbredd. SLL har bedömt att två förpackningar av vinnande anbuds 5 x 4 ml ampuller motsvarar en förpackning av bolagets 10 x 4 ml ampuller. Enligt samma resonemang har tio förpackningar om 5 x 2 ampuller bedömts motsvara en förpackning om 10 x 10 ml. SLL ser dessa

kombinationer som likvärdiga eftersom SLL har samma möjlighet att tillgodogöra sig samma mängd läkemedel i båda situationer. Anledningen till att SLL rekviderade fler 10 x 4 ml förpackningstyper än 5 x 4 förpackningstyper under 2013 var att bolaget var ensam avtalsleverantör inom denna position under perioden vilket givetvis ger en styrning mot bolagets sortiment.

Hantering. Faktorerna av betydelse vid utvärdering av detta kriterium är enligt upphandlingens viktningsmall hantering, förvaring och blandbarhet. SLL har kommit fram till att såväl bolagets som vinnande leverantörs läkemedel förtjänade nivån ”mycket god”. De har båda därmed tilldelats full poäng, dvs. 20 poäng, för detta kriterium. SLL har givetvis beaktat uppgifterna om hållbarhet och blandbarhet för de båda läkemedlen och funnit att det i detta hänseende inte finns några brister i någon av produkterna som skulle föranleda en lägre poängsättning. SLL betraktar således produkterna som praktiskt likvärdiga i kliniskt bruk utifrån ett användarperspektiv.

Förpackningar. Faktorerna av betydelse för detta kriterium är användarvänlighet och säker förpackning. SLL gör här samma bedömning som gällande kriteriet hantering.

Bolagets yrkande 3) Felaktigt utformad anbudsintjudan

Bolaget anför bl.a. följande

SLL har i anbudsintjudan förbehållit sig rätten att avgöra huruvida ett anbud som saknar en viss förpackningstyp antingen ska ersättas med motsvarande kvantitet från annan förpackningstyp hos anbudsgivaren eller ska ersättas med en förpackning från en annan leverantör. Avgörande för det sätt som ersättningen ska göras har angetts vara om annan av anbudsgivarens förpackning kan användas utan att det blir praktiskt olämpligt ur ett användarperspektiv. SLL har inte beskrivit utifrån vilka kriterier som en

sådan bedömning ska göras. Avsaknaden av en redogörelse för vilka kriterier som ska tillämpas vid bedömningen i ett fall jämfört med ett annat fall innebär att SLL:s bedömning blir helt godtycklig. Trots att en ersättning av den saknade förpackningen om 10 x 10 ml med tio förpackningar om 5 x 2 ml uppenbarligen är praktiskt olämpligt så har SLL valt att beräkna vinnande anbud utifrån att en sådan ersättning kunnat göras. Med hänvisning till att SLL i praktiken har en total frihet att avgöra på vilket sätt en saknad förpackning ska ersättas så har kravet på förutsebarhet och öppenhet i ett förfrågningsunderlag förbigåtts på ett sätt som inte kan accepteras.

Bolaget har ställt en fråga under upphandlingen avseende position 74 eftersom det för denna position, till skillnad mot ställda krav för position 70, har uppställts krav på att en anbudsgivare ska lämna anbud på två olika styrkor av ett läkemedel. Bolagets fråga gällde således inte hur punkt 11.1.1 i anbudsinbjudan skulle tolkas.

SLL anför bl.a. följande

SLL:s rätt att bedöma vilka förpackningar som kan eller inte kan ersätta en saknad anbudsvare, i de fall en leverantör saknar en viss förpackningstyp, finns tydligt beskrivet i punkt 11.1.1. i anbudsinbjudan. Denna ersättningsrätt har SLL använt under många år och den tjänar en viktig funktion för att tillfredsställa SLL:s och dess läkares varierande och skriftande behov av läkemedel. Det ska noteras att SLL endast mottog en fråga, för övrigt av bolaget, avseende denna rätt i upphandlingen.

Bolaget hade i position 74 sortimentsbegränsningar. Tack vare SLL:s möjlighet att komplettera anbud med ett begränsat sortiment, enligt punkt 11.1.1, kunde bolaget lämna anbud avseende denna position och även tilldelas avtal. Detta exempel visar att SLL:s möjlighet att byta ut eller ersätta vissa förpackningsstorlekar är fundamentalt för att SLL dels ska

kunna upphandla de läkemedel som faktiskt behövs, dels för att potentiella leverantörers sortimentsbegränsningar inte ska utgöra ett oöverstigligt hinder för deltagande i SLL:s upphandlingar av läkemedel på rekvisition. Detta bidrar i sin tur till ökat deltagande i upphandlingarna och leder därmed även till ökad konkurrens. Det är anmärkningsvärt att bolaget själv utnyttjar denna möjlighet avseende position 74 men hävdar att samma punkt strider mot öppenhetsprincipen avseende position 70.

SLL vill understryka att en bedömning av om en brist i sortimentsbredd kan och bör ersättas med motsvarande kvantitet från annan förpackningstyp hos anbudsgivaren eller ersättas med en förpackning från annan leverantör till ordinarie pris (Apotekets inköpspris) måste avgöras från fall till fall. Detta eftersom man i det fortlöpande vårdarbetet utgår från en medicinsk och farmaceutisk bedömning av vad som är praktiskt möjligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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. Vidare anges i 16 kap. 6 § LOU att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden

har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Vidare är LOU en procedurlagstiftning. Det innebär att domstolen vid en ansökan om överprövning endast kan bedöma om upphandlande myndighet har följt lagstiftningen vid genomförandet av upphandlingen och, i de fall som brott mot LOU har förekommit, ingripa genom att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § denna lag.

Bolagets yrkande 1) Yrkesmässig kapacitet - leveranssäkerhet

Inledningsvis kan konstateras att det inte har ställts något obligatoriskt krav på att anbudsgivarens leveranssäkerhet/servicegrad ska uppgå till 98 procent totalt. Kravet är att anbudsgivaren ska ha en god leveranssäkerhet. I målet är ostridigt att det av vinnande anbud framkommer att anbudsgivarens leveranssäkerhet har understigit 98 procent för tre läkemedel. Därmed ska anbudsgivaren enligt obligatoriskt krav redogöra för vidtagna åtgärder för att säkerställa en god leveranssäkerhet.

I vinnande anbud anges att aktuell genomsnittlig leveranssäkerhet är 96,9 procent samt att de läkemedel som har dragit ned leveranssäkerheten framför allt är två preparat (90,2 samt 92,3 procent). Det anges att orsaken till detta är att bolaget har haft en mycket stor marknadsandel i Sverige på dessa två produkter, att efterfrågan har varit större än beräknat samt att bolaget arbetar för att detta ska komma att förbättras/normaliseras under hösten 2014. Av anbudet framgår att det tredje läkemedlet i fråga har en leveranssäkerhet om 95,7 procent.

SLL har i förvaltningsrätten argumentationsvis anfört att vinnande leverantör överlag har en hög leveranssäkerhet. Detta utgör dock inte grund för att anta, såsom bolaget har anfört, att SLL i strid mot likabehandlings-

principen vid sin utvärdering har gjort subjektiva överväganden på denna grund.

Genom att det i vinnande anbud har lämnats en redogörelse för omständigheterna kring den lägre leveranssäkerheten så förtydligas den, något kortfattade, redogörelsen för vidtagna åtgärder. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta SLL:s bedömning att det obligatoriska kravet avseende redogörelse för åtgärder kan anses vara uppfyllt för de två angivna läkemedlen. Såsom vinnande anbud har formulerats framstår det dock som oklart om även det tredje läkemedlet, såsom SLL anför, omfattas av de omständigheter och åtgärder som det redogörs för.

Bolaget har anført att det aktuella kravet på redogörelse för åtgärder är ett i högsta grad relevant och proportionerligt krav med hänsyn till att säkerställandet av leveranser i aktuell upphandlingsrapport anges som ett av de övergripande syftena med upphandlingen. I denna upphandlingsrapport redogörs dock för upphandlingens mål och syfte enligt följande:

Syftet med upphandlingen är att fånga upp de ständiga förändringarna som pågår inom läkemedelsområdet. Exempelvis bidrar patentutgångar, tillkomst av generika, biosimilarer och parallellimport till förändrade marknads- och konkurrensvillkor vilket landstinget ska dra nytta av i sin läkemedelsaffär.

Målet är att nå bästa möjliga totalekonomi för läkemedel på rekvisition inom SLL med upprätthållande av god kvalitet på läkemedel samt säkerställa leveranser och erhålla de produkter som bäst uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda utvärderingskriterierna.

Syftet med upphandlingen är således mångfacetterat och omfattar många olika parametrar. I målet har vidare framkommit att inte något av de tre läkemedel som har dragit ned leveranssäkerheten hos vinnande anbudsgivare omfattas av upphandlingen.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att det aktuella kravet gällande redogörelse för vidtagna åtgärder avseende det tredje läkemedlet framstår som ett oproportionerligt obligatoriskt krav som det blir orimligt

att framhärda i, särskilt med beaktande av att detta läkemedel inte omfattas av upphandlingen. Avvikelsen i vinnande anbud är vid dessa förhållanden oväsentlig för upphandlingen och kan därmed inte anses stå i proportion till följderna av att förkasta anbudet (jfr Kammarrättens i Stockholm avgörande i mål nr 2391-12).

Bolagets yrkande 2) del 1 - Ersättning av saknad förpackningstyp

SLL har i anbudsinvändningen punkt 11.1.1 angett följande:

Om en förpackningstyp saknas i anbudet, ersätts den i första hand med motsvarande kvantitet från annan förpackningstyp hos anbudsgivaren. Om annan förpackningstyp saknas hos anbudsgivaren eller om det är praktiskt olämpligt ur användarperspektiv att ersätta en förpackning med en annan från anbudsgivaren, kommer den saknade förpackningstypen att ersättas med en förpackning från en annan leverantör. I det fall alla anbudsgivare saknar en förpackning, kommer inget påslag att ske på något anbud. SLL förbehåller sig rätten att bedöma vilka förpackningar som kan eller inte kan ersätta en saknad anbudsvare. Ordinarie pris på motsvarande avsaknad vara kommer att tas med i beräkningen. SLL förbehåller sig rätten att avgöra vilken förpackningstyp som används i jämförelsen samt vilken/vilka förpackningsstorlek/-ar som är jämförbar/-a. Samma ersättningsvara kommer att användas för alla anbud som saknar viss förpackningstyp.

Det ankommer inte på domstolen att göra en detaljerad utvärdering i upphandlingen utan domstolens prövning inskränker sig till frågan om principerna i 1 kap. 9 § LOU, samt övriga regler i LOU, har överträtts (jfr Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2130-12).

Förvaltningsrätten finner utifrån vad bolaget har anfört inte skäl att ifrågasätta att SLL:s bedömning gällande aktuell ersättningsvara har genomförts i enlighet med vad som anges i anbudsinvändningen. Det har inte heller framkommit att SLL:s agerande i denna del skulle kunna anses vara i strid mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Bolagets yrkande 2) del 2 - Felaktig tillämpning av viktningsmall

Tilldelningskriterier ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelande om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se EU-domstolens i mål C-19/00 punkt 42).

I viktningsmallen för position 70 anges att kvalitetspoäng tilldelas med maximalt 100 poäng uppdelat på fyra olika bedömningsgrunder (etikettering-förväxlingsrisk, förpackningar, sortimentsbredd och hantering). För de olika bedömningsgrunderna anges tre respektive fyra olika poängnivåer för vilka olika kriterier har uppsatts.

Bolagets ansökan om överprövning omfattar bedömningsgrunderna förpackningar, sortimentsbredd och hantering. Gällande samtliga dessa bedömningsgrunder har såväl bolaget som vinnande anbud tilldelats maximal poäng. Bolaget anför dels att det utifrån vad som anges i viktningsmallen inte går att bilda sig en uppfattning om hur angivna mervärden kommer att poängbedömas, dels att vinnande leverantör har tilldelats för stort antal poäng.

Förvaltningsrätten anser att de kriterier för poängsättning som angetts i viktningsmallen inte kan anses oklara eller vagt formulerade på ett sådant sätt att utvärderingen har kunnat ske godtyckligt. Förvaltningsrätten finner därutöver utifrån vad bolaget har anfört inte skäl att ifrågasätta att SLL:s poängsättning har genomförts i enlighet med vad som anges i viktningsmallen. Det har inte heller framkommit något som tyder på att SLL har agerat i strid mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Bolagets yrkande 3) Felaktigt utformad anbudsinbjudan

Bolaget har anfört att utformningen av anbudsinbjudans punkt 11.1.1 gällande ersättningsförpackningar brister i beskrivningen av det angivna kriteriet användarperspektiv vilket medför att SLL:s bedömning blir godtycklig. Bolaget anför också att angivet förbehåll avseende hur en saknad produkt ska ersättas skapar en oförutsebarhet hos anbudsgivarna som inte kan accepteras och som påverkar anbudsgivarnas utformning av sina anbud. Bolaget anser att SLL i praktiken har gett sig en total frihet att avgöra på vilket sätt en saknad förpackning ska ersättas och att kravet på förutsebarhet och öppenhet i ett förfrågningsunderlag därmed har förbigåtts.

Den upphandlande myndigheten har stor frihet att formulera kraven i förfrågningsunderlaget utifrån sina behov så länge kraven är transparenta och inte strider mot de grundläggande principerna i LOU. Ett förfrågningsunderlag ska dock innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas och ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta utformningen av punkt 11.1.1. Den har utformats utifrån SLL:s behov och vad som anges däri får anses vara så klart och tydligt utformat att en leverantör med kännedom om branschen kan bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse vid upphandlingen. Detta stöds också av vad SLL angett om att endast en fråga ställdes gällande denna punkt under upphandlingen. Bolaget, som ställde frågan, anger dessutom att denna inte gällde hur punkt 11.1.1 skulle tolkas.

Det har således inte heller framkommit att SLL:s agerande i denna del skulle kunna anses vara i strid mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Slutsats

Sammanfattningsvis har SLL inte handlat i strid mot de principer som bär upp LOU. Det saknas därmed grund för ingripande med stöd av denna lag. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Kirsi Laakso Utvik

Rådman

Föredraganden Anna Cederberg har handlagt målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.