



**LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG**

Hannah Ivarsson

DOM

2009-06-03

Meddelad i

Vänersborg

Mål nr

326-09 E

SÖKANDE

Baxter Medical Aktiebolag, 556171-0657

Box 63

164 94 Kista

Ombud:

Advokat Eva-Maj Mühlenbock

Jur. kand. Sofia Mårtensson

Advokatfirman Lindahl KB

Box 14240

104 40 Stockholm

MOTPART

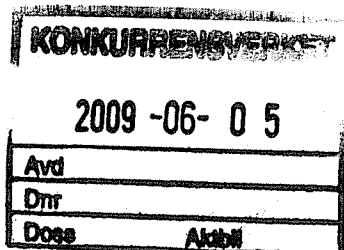
Västra Götalandsregionen

Regionens Hus

462 80 Vänersborg

SAKEN

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



DOMSLUT

Länsrätten beslutar att Västra Götalandsregionens upphandling med diarie-nummer SN 188-2008 avseende peritonealdialysvätskor ska avbrytas och göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 12 februari 2009 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 67633

Postadress
Box 1060
462 28 Vänersborg

Besöksadress
Residensgatan 23

Telefon
0521-27 03 00

E-post: lansrattenivanersborg@dom.se

Telefax
0521-27 03 80

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen, (nedan kallat VGR) inbjöd den 15 oktober 2008 till anbudsgivning gällande "Rekvisitionsläkemedel för slutenvården – Peritonealdialysvätskor", diarienummer SN 188-2008. VGR bestämde i tilldelningsbeslut den 2 februari 2009 att uppdraget att tillhandahålla läkemedel, PD-koncentrat ska tilldelas Gambro Lundia AB, Gambro Svenska Försäljning (nedan kallat Gambro) som huvudleverantör och att Baxter Medical Aktiebolag (nedan kallat Baxter) tilldelas kontrakt som nummer två i upphandlingen.

Länsrätten beslutade den 12 februari 2009 att upphandlingen av rekvisitionsläkemedel för slutenvården – Peritonealdialysvätskor inte får avslutas innan länsrätten avgjort målet slutligt.

YRKANDEN M.M.

Baxters ansökan

I ansökan om överprövning, den 12 februari 2009, yrkar Baxter i första hand att länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, innebärande att en ny utvärdering av anbuderna ska genomföras varvid Baxter ska anses ha lämnat det lägsta anbudspriset i upphandlingen och därmed tilldelas kontrakt som huvudleverantör. I andra hand yrkar Baxter att länsrätten beslutar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. VGR har vid sin beräkning av anbudsgivarnas pris, d.v.s. det enda och utslagsgivande utvärderingskriteriet i upphandlingen i) utgått från ett antal för anbudsgivarna okända parametrar och beräkningsgrunder samt därutöver ii) enbart utvärderat/beräknat priset för vissa av anbudsgivarnas offererade preparat och dessutom iii) helt bortsett från den stora användningen av Extraneal och Nutrineal inom VGR. VGR:s beräkning av utvärderingskriteriet "pris" har således blivit helt felaktigt. VGR:s sammanställning bygger på följande antaganden som inte framkommer i förfrågningsunder-

laget och vilka anbudsgivarna därmed inte hade någon kännedom om. Det anges att VGR vid beräkningarna utgår från att 100 patienter omfattas och att 40 procent av dessa behandlas med CAPD (manuell peritonealdialys) och 60 procent med APD (automatisk peritonealdialys). Vidare att fördelningen inom CAPD är 90 procent 8-literslösning och 10 procent 10-literslösning samt inom APD 75 procent 15-literslösningar och 25 procent 10-literslösning. Då pris är det enda utslagsgivande, och enda, utvärderingskriteriet skulle dessa antaganden för att få ligga till grund för utvärderingen ha angivits i förfrågningsunderlaget. Då så inte har skett strider förfrågningsunderlaget mot LOU:s krav på transparens och förutsebarhet.

VGR har enbart utvärderat och jämfört priset på fyra preparat per anbudsgivare. Vilka preparat som skulle utvärderas eller varför dessa valts ut framgår inte av förfrågningsunderlaget och är oklart. Vid en utvärdering avseende lägsta pris kan den upphandlande myndigheten givetvis inte självt välja ut ett valfritt antal produkter för utvärderingen. Utvärderingen blir helt godtycklig och lämnar öppet spelrum för den upphandlande myndigheten att välja den leverantör man önskar, s.k. fri provningsrätt, vilket står i strid med LOU:s bestämmelser om transparens och likabehandling. Baxters preparat Dianeal har överhuvudtaget inte utvärderats. Dianeal har det klart lägsta offererade priset i upphandlingen.

Baxter erbjuder marknads enda Peritonealdialysvätskor (nedan kallat PD-vätskor) utan glukos. Trots den mycket stora användningen av dessa preparat beaktas denna användning inte vid utvärderingen av anbudsgivarnas priser. Baxter lämnar inte i sitt anbud någon rabatt på de glukosfria preparaten Extraneal eller Nutrineal om upphandlingen inte sker i kombination med Baxters övriga preparat, vilket innebär att kostnaden för denna användning kommer att bli betydligt högre om en annan anbudsgivare väljs till huvudleverantör. Vidare har inte VGR beaktat den merkostnad som tillkommer övriga anbudsgivares priser då det tillkommer en extra kostnad

för "tjuvkoppling". Baxter har gjort en egen sammanställning; enligt vilken Baxter har lämnat det lägsta priset. Sammantaget innebär det anförda att om VGR i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget, strikt hade sett till "lägsta pris" i upphandlingen hade Baxter tilldelats kontraktet såsom huvudleverantör då Baxter erbjudit preparat med de klart lägsta priserna. För det fall VGR väljer att "plocka ihop en priskorg" måste en beräkning göras utifrån den faktiska kostnaden för VGR, d.v.s. med beaktande av den faktiska användningen av olika typer av PD-vätskor inom VGR och kostnaden härför.

VGR:s svar

VGR anser att Baxters ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall samt att det interimistiska beslutet upphävs och anför bl.a. följande. Sammanställningen över 2007 års inköpsvolym är en bild av hur patientantalet såg ut 2007. Förutsättningarna att antalet patienter beräknas uppgå till 100 stycken och att en patient beräknas vara inne i systemet under en period av två år framgår av de svar som VGR ha lämnat på frågor ställda av eventuella leverantörer under anbudstiden (Frågor angående upphandling PD Läkemedel 2008-11-04, s. 2). Dokumentet har sänts till samtliga som begärt förfrågningsunderlag. Av anbudsinbjudan framgår att anbudsprövningen sker i två steg, kvalificering och anbudsutvärdering. Om inkommet anbud uppfyller kvalificeringskraven kommer det anbud som har lägsta pris att antas. Av anbudsinbjudan anges dessutom att alla nya patienter kommer att startas upp med huvudleverantören. Förtydligandet har sänts till samtliga som har begärt förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget ingår anbudsinbjudan (G1), kravspecifikation (G2) och avtalsmall (G3). Vad gäller Kravspecifikation Prisjämförelse – Svarsblankett (G2-2) framgår att VGR efterfrågar glukoslösningar av PD-vätskor, d.v.s. PD-vätskor med glukos. När det gäller PD-vätskor för CAPD kunde priserna lämnas för både 8- och 10-literslösningar enligt för-

tydligande/komplettering den 22 november 2008. Vid APD efterfrågades 10-liters lösningar. VGR har inte efterfrågat glukosfria lösningar varför sådana lösningar inte kan bli föremål för denna upphandlings anbudsprövning. Vad gäller PD-vätskor för APD har beaktats anbudspriserna för 10-liters lösningar. De priser som utvärderats såvitt avser 15-liters lösningar för APD är endast en omräkning av literpriset för 10-literlösningar och saknar därför egentligen betydelse för utvärderingen. Fördelningen CAPD och APD speglar förhållandena inom VGR i januari 2009 (anbudstiden gick ut i december 2008 och tilldelningsbeslutet fattades i februari 2009). Fördelningen CAPD och APD är något som ändrar sig över tiden. Att se till hur fördelningen CAPD/APD såg ut i januari 2009 och utgå ifrån den vid en sammanställning inför ett tilldelningsbeslut ter sig naturligt. Någon volym har för övrigt inte garanterats och förhållandet har varit lika för alla anbudsgivare. För den händelse länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget inte skulle vara optimalt utformat gör VGR gällande att det inte är fråga om brister av den art eller omfattning som gör att kraven som uppställs i LOU eller som följer av gemenskapsrättsliga principer har åsidosatts.

Vad gäller de produkter som Baxter i övrigt har offererat under avsnitt 2.1 CAPD har dessa inte utvärderats. I dessa behandlingar ingår Extraneal och Nutrineal, d.v.s. Baxters glukosfria produkter. Upphandlingen avser glukoslösningar varför det inte är möjligt för VGR att ta med dessa vid en utvärdering. Vad gäller Gambros produkt under avsnitt 2.1 (efter B:) har den en annan kalkhalt än Baxters produkter (som inte är glukosfria) och är således inte möjlig att jämföra med Baxters offererade produkter inom CAPD (noteras kan i och för sig att denna produkt har ett lägre pris). Gambros produkt har därför inte tagits med i utvärderingen. För att kunna göra en prisjämförelse måste produkterna bedömas som likvärdiga. Vad gäller Gambros produkt under avsnitt 2.1 efter D: har den inte utvärderats eftersom den är likvärdig med Gambros offererade produkt under C: (blåmarke-

rad och har samma pris). D.v.s. den kunde också ha utvärderats utan att det hade ändrat något förhållande.

Vad gäller avsnitt 2.2 APD i bilaga 3 går Baxters produkt Dianeal efter B: (svartmarkerad, dvs. inte utvärderad) i sammanställningen inte att jämföra med någon av de andra offererade produkterna eftersom den har ett klart lägre pH-värde. Gambros produkt under B: går inte heller att jämföra med någon annan produkt varför den inte deltagit i utvärderingen (en produkt som i och för sig har det lägsta priset). Vad gäller Dianeal kan för övrigt tilläggas att den är en äldre generation av PD-vätska som inom VGR idag används i obetydlig omfattning. Vad gäller Baxters offererade produkter C: och D: (inte utvärderade) kan konstateras att Baxter har uppgett att dessa finns i begränsad upplaga idag och kommer att finnas planerat i stora volymer. VGR kan inte ta med dessa vid en prisjämförelse när VGR inte har vetskap om huruvida produkten kommer att finnas tillgänglig eller inte. Vad gäller Baxters produkter efter E: - K: får återigen framhållas att i dessa produkter/behandlingar ingår Baxters glukosfria produkter, något som inte var föremål för denna upphandling. Om länsrätten i övrigt skulle finna att förfrågningsunderlaget eller den valda utvärderingsmodellen inte är optimalt utformad är det inte fråga om brister av den art eller omfattning som gör att kraven som uppställs i LOU eller följs av de gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts (RÅ 2002 ref. 50).

Yttrande från Baxter

Baxter har därefter inkommit med ett yttrande där bl.a. följande anges. Att tillämpa en fördelningsnyckel, såsom viktning av "underutvärderingskriterier" som inte redovisats på förhand strider mot LOU, jfr EG-domstolens dom i mål C-532/06. Då närmare fördelning inte redovisats av VGR på förhand har inte Baxter fullt ut kunnat utnyttja sin rätt att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet. Baxter bifogar en ny sammanställning där beräkningen baseras på 100 patienter. Däri framgår även nu att

Baxter lämnat det lägsta priset i upphandlingen. I anbudsinbjudan under punkt 1.1 anges att "det beräknade värdet för aktuella artiklar/produkter enligt bilaga 1 till upphandlingen uppgår till ca 36 miljoner kr." I bilaga 1 till anbudsinbjudan framgår således för upphandlingen aktuella artiklar, däribland Extraneal och Nutrineal. VGR:s påstående att den aktuella upphandlingen inte skulle omfatta glukosfria preparat är således inte korrekt. Av Kravspecifikation "G2-1 Kravspecifikation – Svarsblankett" framgår vidare att denna avser "läkemedel för PD för användning inom slutenvård". PD-vätskor kan innehålla glukos eller vara glukosfria. Under respektive punkt anges därefter att anbudsgivaren ska ange pris o.s.v. avseende glukoslösning. Muntligt har Baxter av VGR:s inköpare ett par dagar innan anbudet skulle lämnas in, fått uppgiften att Baxter skulle ange även de glukosfria preparaten. Baxters glukosfria lösningar är likvärdiga de av VGR efterfrågade glukoslösningar och uppfyller VGR:s behov av vad gäller upphandling av PD-vätskor.

Dianeal har ett pH-värde om ca 5,5 och Gambrosol som VGR jämfört med har ett pH-värde om 5,5 – 6,5. Baxters preparat Physioneal har ett pH-värde om 7,4 och har jämförts med Gambrosol som har ett betydligt lägre pH-värde än Physioneal. VGR:s argument för att inte utvärdera Dianeal är således såväl felaktigt som inkonsekvent tillämpat. Att PD-vätskor med vissa pH-värden inte ska utvärderas framgår inte heller av förfrågningsunderlaget. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att preparat som inte tillhör "den nya generationens PD-vätskor", såsom Dianeal inte ska utvärderas. För det fall VGR haft ett sådant önskemål skulle detta ha framgått av förfrågningsunderlaget. Om enbart detta förhållande beaktas, d.v.s. att Baxters preparat Dianeal utvärderas, framgår att Baxter lämnat det lägsta sammanvägda priset i upphandlingen och att Baxter därmed ska tilldelas kontraktet som huvudleverantör. VGR bestrider inte att Dianeal har det lägsta priset. Vad VGR gör gällande är att Dianeal inte ska utvärderas. Regeringsrättens referat RÅ 2002 ref. 50 kan inte tillämpas i föreliggande fall

eftersom detta enligt nämnda dom endast gäller under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. RÅ 2002 ref. 50 får därutöver i stora delar anses överspelad med anledning av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06. Baxter hänvisar även till en dom från kammarrätten i Göteborg i mål 2409-03.

Yttrande från VGR

Upphandlingen har handlat om det lägsta priset, d.v.s. det är inte aktuellt med viktning och underutvärderingskriterier. VGR kan inte vitsorda något om viktning eller liknande. Det beräknade värdet på 36 miljoner kr som baseras på 2007 års inköpsvolymen får ses som en allmän bakgrundsinformation. VGR vitsordar inte påståendet att VGR:s inköpare skulle ha angivit att Baxter även skulle ange de glukosfria preparaten i blanketten G2-2 Kravspecifikation – Svarsblankett. Det får av naturliga skäl ankomma på den upphandlande enheten att bestämma vad som ska upphandlas. Att efterfråga glukoslösningar i en kravspecifikation innebär för övrigt inte att det är fråga om sådana tekniska specifikationer som innehåller uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framtagningssätt eller hänvisning till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning.

När Baxters produkt har ett pH-värde på 7,4 blir det naturligt att jämföra med Gambros produkt som enligt FASS har ett beräknat pH om 5,5-6,5 (och enligt vad Gambro uppgivit till landstinget att pH i deras Gambrosol trio alltid är över 6,2). För övrigt kan tilläggas att kroppens pH-värde är ca 7,4.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 6 kap. 4 § LOU anges följande. De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställnings-sätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden ”eller likvärdig”.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen

Av anbudsinbjudan punkt 1.1 anges att upphandlingen syftar till ett ramavtal: Avtal som ingås mellan upphandlande enhet och en eller flera leverantörer syftar till att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period. Det beräknade värdet för aktuella artiklar/produkter enligt bilaga 1 i denna upphandling uppgår till ca 36 miljoner kr per år (baserat på 2007 års inköpsvolym). I sammanställningen av 2007 års inköpsvolym framgår att även glukosfria preparat ingår. I bilaga G2-2 till anbudsinbjudan, Kravspecifikation Prisjämförelse – Svarsblankett, framgår att läkemedel PD för användning inom slutenvård avses. Under varje punkt anges sedan att uppgift ska lämnas avseende glukoslösning. För APD ska uppgift lämnas om 10-literslösning. I komplettering till anbudsinbjudan ”Frågor angående upphandling PD Läkemedel”, den 4 november 2008, framgår att

antalet nya patienter uppskattas till 90 – 100 patienter. Enligt komplettering den 22 december 2008, framgår att anbudsgivarna ges möjlighet att lämna priser avseende både 8- och 10-literslösning vad gäller CAPD.

Länsrätten gör följande bedömning

Glukosfria lösningar

Av anbudsinbjudan framgår att upphandlingen avser PD-vätskor. I kravspecifikation (G2-2) som bifogats förfrågningsunderlaget framgår under varje punkt att anbud ska ges avseende glukoslösningar. Sammanställningen av inköpsvolymen 2007 kan inte tillmätas någon annan betydelse än som allmän bakgrundsinformation. Upphandlingen avser därför glukoslösningar.

Fråga är därefter om VGR haft rätt att begränsa upphandlingen till att gälla enbart glukoslösningar. Det är upp till den upphandlade myndigheten att bestämma vad som ska upphandlas. Begreppet glukoslösningar kan inte heller anses utgöra sådan teknisk specifikation som gör att vissa företag gynnas eller missgynnas så att 6 kap. 4 § LOU blir tillämpligt på det sätt att VGR skulle ha angett ”eller likvärdig” efter glukoslösning. VGR har därför haft fog för att inte beakta Baxters glukosfria lösningar i utvärderingen.

Utvärderingsmodellen

Enligt förfrågningsunderlaget är lägsta pris det avgörande för vilket bolag som ska tilldelas avtalet. VGR har för att få fram lägsta pris gjort en värdering av produkterna. VGR har uppgett att man för att få fram lägsta pris varit tvungen att jämföra pris på likvärdiga produkter och därför bl.a. utgått från pH-värdet på produkterna. Baxters produkt Dianeal har därför inte utvärderas med motiveringen att den inte kan jämföras med Gambrosols produkt på grund av skillnader i pH-värde samt att den tillhör den gamla sortens PD-vätskor som inte används i någon större utsträckning av VGR. Då Dianeal har ett pH-värde om 5,5 och Gambrosol ett pH-värde om 5,5-

6,5 borde rätteligen dessa två produkter ha kunnat jämföras. Om enbart den nya generationens PD-vätskor efterfrågades skulle detta ha angetts i förfrågningsunderlaget, vilket inte har skett. Att som VGR gjort, vid en lägsta prisbedömning, värdera produkterna utifrån deras egenskaper utan att ange detta i förfrågningsunderlaget är inte förenligt med LOU:s krav på transparens. Med hänsyn härtill får Baxter anses varit utsatt för sådan risk för skada att ingripande bör ske enligt LOU. Med hänsyn till att förfrågningsunderlaget är utformat på ett sätt som strider mot kravet på transparens ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B)



Henrik Brüsin

