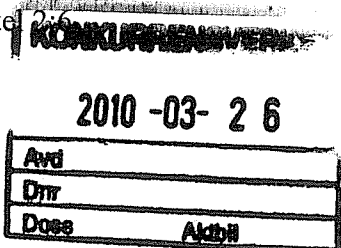




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet Mariestad  
Johan Nordström

**DOM**  
2010-03-24  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
350-10 E  
Rote 2/6



**SÖKANDE**  
Amgen AB, 556510-4212

Ombud: Advokaten Tomas Kjellgren och jur.kand. Sven Vaxenbäck  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå  
Box 1711  
111 87 Stockholm

**MOTPART**  
Landstinget i Jönköpings län  
Box 1024  
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg  
Gärde Wesslau Advokatbyrå  
Box 684  
551 19 Jönköping

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

## DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Länsrättens i Jönköpings län interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

## BAKGRUND

Det antecknas att målet inletts i Länsrätten i Jönköpings län med mål nr 2861-09. Sedan länsrätten upphört handläggs målet av Förvaltningsrätten i Jönköping.

Lanstinget i Jönköpings län (landstinget) genomför en upphandling, handlagd som ett öppet förfarande, avseende rekvisitionsläkemedel (dnr LK09-

Dok.Id 1319

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Östra Storgatan 33 A

**Telefon**  
036-15 65 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

**Telefax**  
036-15 66 55

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

0265). Avtalsperioden omfattar tiden den 1 januari 2009 – den 31 december 2010, med möjlighet till förlängning i ytterligare 12 + 12 månader.

Upphandlingen avser tecknande av ramavtal för läkemedel och läkemedelsnära produkter som förskrivs per rekvisition inom landstinget.

Landstinget antog genom tilldelningsbeslut den 14 december 2009 andra leverantörer än Amgen AB som leverantörer av produkter inom "Övriga medel vid anemier ATC-B03XA".

Sedan Amgen AB (Amgen) ansökt om överprövning beslutade Länsrätten i Jönköpings län att upphandlingen, såvitt avser "Övriga medel vid anemier ATC-B03XA", inte får avslutas innan något annat har beslutats.

#### YRKANDEN M.M.

Amgen yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen avseende "Övriga medel vid anemier ATC-B03XA" ska göras om alternativt rättas. Amgen anför bl.a. följande. Landstinget har brutit mot de allmänna EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens samt mot 1 kap. 9 § LOU. Till följd av detta har Amgen lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt. *Brister i förfrågningsunderlaget.* Kravet på transparens vid offentlig upphandling innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet och förutsebarhet och lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. I anbudsinbjudan anges att anbud önskas på de ATC-koder som anges i bilaga 1A till anbudsinbjudan vari anges bl.a. den femställiga ATC-koden B03XA. Vidare anges den beräknade volymen för efterfrågade ATC-koder baserat på de senaste tolv månadernas förbrukning. I förfrågningsunderlaget ges ingen vidare information avseende vilka kemiska substansnivåer (sjuställiga ATC-koder), beredningsformer, styrkor, förpackningsstorlekar eller typer av förpackningar landstinget avser att

köpa in, vilket även är ostridigt. Istället har överlämnats till anbudsgivarna att komplettera förfrågningsunderlaget. Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 16 april 2008 (mål nr 2947-07) funnit att ett förfrågningsunderlag, vars konstruktion varit sådant att det med nödvändighet måste kompletteras av anbudsgivarna, varit så bristfälligt att det stred mot grundläggande EU-rättsliga principer. Med beaktande av att den närmare beskrivningen av beredningsformer, styrkor och förpackningsstorlekar inom den aktuella femställiga ATC-koden inte angetts utan måste uppskattas av anbudsgivarna bör förfrågningsunderlaget inte anses uppfylla LOU:s krav på transparens. Detta gäller särskilt eftersom utvärderingsmodellen inte ger förutsättningar att på ett rättvisande sätt jämföra offererade produkter inom aktuell ATC-kod sinsemellan. Det hänvisas till Länsrättens i Västernorrlands län dom den 8 juni 2009 (mål nr 621, 630, 631 och 632-09 E) vari de upphandlande myndigheterna i förfrågningsunderlaget inte angivit vilka beredningsformer eller styrkor som myndigheterna avsåg att inköpa för den i det målet aktuella sjuställiga ATC-koden. Landstinget har i aktuell upphandling inte ens angivit vilka kemiska substansnivåer som avses vilket utgör en allvarlig brist i förfrågningsunderlaget. Det går inte att ur förfrågningsunderlaget utläsa vad som ska offereras eftersom landstinget inte angett vad det är för typ av produkt som ska köpas in. I utvärderingsprotokollet kan utläsas att anbudsgivarna offererat 72 olika varor i 29 olika styrkor, 3 olika beredningsformer och 26 olika förpackningsstorlekar och typer av förpackningar. Priser har i vissa fall angetts per ml och i andra fall per styck eller per IU (ett mått på den biologiska aktiviteten hos vissa läkemedel och vitaminer). Det går inte att ur förfrågningsunderlaget utläsa hur anbudet ska utformas eftersom det inte går att bilda sig en uppfattning av den kommande konkurrenssituationen. Någon ökad konkurrens har de facto inte skapats genom det otydliga förfrågningsunderlaget. Det har visserligen inkommit anbud avseende 72 olika produkter men endast sex stycken har utvärderats. En femställig ATC-kod kan omöjligen utgöra ett tillräckligt avgränsat område av läkemedel. Att det läkemedel som tidigare i hu-

vudsak användes inte längre finns på marknaden och heller inte skulle ha någon direkt motsvarighet, är inget godtagbart skäl att i förfrågningsunderlaget inte ange vad det är man avser att köpa in. Det går inte heller att bilda sig en korrekt uppfattning av om det är intressant för anbudsgivaren att överhuvudtaget delta i upphandlingen. Eftersom landstinget inte angett vilken kemisk substansnivå som efterfrågas har det offererats varor inom samtliga tre förekommande sjuställiga ATC-koder. Om landstinget endast avser teckna kontrakt avseende en av dessa innebär det att flertalet anbudsgivare vilseletts att delta i upphandlingen. Det kan konstateras att landstinget för flertalet andra produkter valt att precisera efterfrågad produkt i form av en sjuställig ATC-kod. Det har inte förelegat någon skyldighet för Amgen att påtala brister i förfrågningsunderlaget. Det är uteslutande den upphandlande myndighetens ansvar att se till att LOU efterlevs. Den upphandlande myndighet kan inte genom att uppmana anbudsgivarna att påtala brister friskriva sig från brister i ett förfrågningsunderlag som står i strid mot LOU. Bristerna i förfrågningsunderlaget är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, varför upphandlingen bör göras om. *Felaktig anbudsutvärdering.* Det går inte att veta vilka kemiska substansnivåer, beredningsformer och styrkor som kommer att bli föremål för landstingets anbudsutvärdering. Det har inte heller angetts hur beräkningen av pris kommer att göras. Om rätten skulle finna att landstinget, trots de påtalade bristerna i förfrågningsunderlaget, har haft möjlighet att utvärdera inkomna anbud har dock landstinget vid utvärderingen förfarit felaktigt. Landstinget konstruerade efter att anbudet inkommit, en anbudsutvärdering som innebär att anbudet inom ATC-koden B03XA01 utvärderades mot varandra och att anbudet inom de andra två ATC koderna, B03XA02 och B03XA03, utvärderades mot varandra. Detta förfaringsätt ledde till att två kontrakt tilldelades, ett avseende ATC-koden B03XA01 och ett avseende ATC-koden B03XA03. Varje sjuställig ATC-kod utgör en annan kemisk substansnivå och skillnaderna i molekylegenskaper (t.ex. molekylstorlek och laddning) gör att läkemedlen får olika egenskaper i kroppen med avse-

ende på doseringsintervall och effektivitet. Detta innebär att det t.ex. krävs helt olika doser av läkemedel beroende om brukaren använder produkter inom ATC-koden B03XA01, B03XA02 eller B03XA03. Av detta följer också att offererade priser per given volym inte kan jämföras med varandra vid en gemensam prisutvärdering av de tre aktuella sjuställiga ATC-koderna. En sådan utvärdering skulle nämligen inte ge en korrekt bild av totalkostnaden och följaktligen inte heller syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt förfrågningsunderlaget utvärderas offererade priser och inte behandlingskostnad vid val av olika produkter. Det har inte angetts i förfrågningsunderlaget att produkter inom ATC-koderna B03XA02 och B03XA03 skulle utvärderas mot varandra och det kunde inte heller förväntas av Amgen. Landstinget har valt att endast jämföra priset och inte behandlingskostnaden och därmed genomfört en anbudsutvärdering som inte syftar till att fastställa vilket av anbuderna som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Landstinget skulle rätteligen ha genomfört en anbudsutvärdering för varje sjuställig ATC-kod och följaktligen tilldela ett kontrakt inom varje sådan ATC kod. Skäl föreligger därför att förordna om rättelse med sådant innehåll. *Grunder för anbudsutvärderingen.* Det åligger landstinget att lämna information om hur anbudsutvärderingen skulle gå till. Det framgår inte i frågor och svar den 22 september 2009 (fråga 7) vilka doseringar som är relevanta eller vilka de mest frekventa behandlingarna är. Det framgår inte heller av utvärderingsprotokollet vilken beredningsform, styrka, förpackningsstorlek eller typ av förpackning som de facto blivit föremål för anbudsutvärdering eller hur landstinget gjort prisjämförelsen då anbudsgivare angivit priser för olika typer av enheter. Någon användbar vägledning för anbudsgivare för vad som kommer att ligga till grund för anbudsutvärderingen har således inte givits. Grunderna för den prisberäkning som den kliniskt verksamma expertisen företagit kan vidare mycket väl ha fastställts efter att anbuderna ingivits vilket skapat utrymme för skönsrättsliga bedömningar i strid med LOU. Landstinget har inkommit med en ”ny” anbudsutvärdering där samtliga

anbud utvärderas enhetligt. Grunderna för anbudsutvärderingen är dock oklara. Med ledning av de omständigheter som framkommit i målet kan slutsatsen dras att den okända modellen avsedd för prisutvärdering i vart fall var ämnad att uppnå det resultat som framgår av tilldelningsbeslutet. Landstingets uttalande att en korrekt anbudsutvärdering inte föranleder att Amgen kommer att tilldelas något kontrakt är ogrundat och felaktigt. De påtalade bristerna i transparens är av delvis annan art samt av en helt annan dignitet än bristerna i den upphandling som var för handen i RÅ 2002 ref. 50 då vare sig föremålet för upphandlingen eller tillvägagångssättet vid prisutvärderingen tydligt angivits i förfrågningsunderlaget. Den omständigheten att den beredningsform, styrka, förpackningsstorlek och typ av förpackning som de facto blev föremål för anbudsutvärdering inte framgått av förfrågningsunderlaget eller av utvärderingsprotokollet innebär att skäl föreligger för att förordna om att upphandlingen ska göras om. *Den nya utvärderingen.* Den nya utvärdering präglas av otydlighet. De priser som anges i den alternativa anbudsutvärderingen är helt annorlunda jämfört med de priser som anges i den gällande anbudsutvärderingen. Det är därmed uppenbart att landstinget gjort mer än bara ställt samtliga anbud mot varandra. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller hur två produkter med olika styrkor, beredningsformer ska kunna jämföras med varandra. Landstinget har inte förklarat hur valen av produkter grundats eller hur anbudsutvärderingen faktiskt har gått till. Det går inte att utgå ifrån att Aranesp och Mircera är jämförbara, eller lika effektiva per massenhet, endast i anledning av att båda läkemedlens doser uttrycks i µg. Landstinget anger även i utvärderingsprotokollet för den alternativa anbudsutvärderingen att det lägsta priset dvs. det pris som ska erhålla 300 poäng i utvärderingen, är 613 kronor. Ingen av anbudspriserna är emellertid 613 kronor och ingen anbudsgivare har fått 300 poäng. Lägst pris har istället fått 747,56 poäng. Den alternativa anbudsutvärderingen ger betydande utrymme för landstinget att styra över utvärderingsresultatet vilket också är en naturlig följd av en mycket otydlig utvärderingsmodell. Den alternativa

utvärderingen visar således på ett tydligt sätt att landstinget, utifrån förfrågningsunderlagets förutsättningar, har ett fritt val att välja leverantör vilket inte är förenligt med LOU:s krav på transparens och likabehandling. Resultatet av anbudsutvärderingen som ligger till grund för tilldelningsbeskedet är den nu gällande anbudsutvärderingen. *Tilldelning av kontrakt.* Av det aktuella utvärderingsprotokollet framgår att landstinget rangordnat Hospira Nordic AB:s och Roche AB:s anbud som ettor i anbudsutvärderingen vilket betyder att det endast är dessa bolag som tilldelats kontrakt. Det framgår inte av utvärderingsprotokollet att Janssen-Cilag AB tilldelats kontrakt. Amgen har erhållit näst högst poäng enligt utvärderingsprotokollet. Tilldelningen av kontrakt som skett är i strid med 5 kap. 5 § LOU vari anges att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna. I upphandlingen är förutsättningar för att tilldela tre anbudsgivare uppfyllda, men trots detta har endast två anbudsgivare tilldelats kontrakt. Om rätten finner att den anbudsutvärdering som landstinget gjort är godtagbar ska rätteligen även Amgen, som har näst högst totalpoäng i utvärderingen, tilldelas kontrakt. *Skada.* Amgen har till följd av de nämnda överträdelserna av LOU lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i denna mycket värdefulla upphandling.

Landstinget anser att ansökan om överprövning ska avslås. Det medges att samtliga anbudsgivare ska utvärderas mot varandra i anbudsutvärderingen. Detta förbiseende har dock inte medfört att Amgen drabbats av någon skada. Landstinget anför bl.a. följande. Vid utvärderingen av anbuderna har anbudsgivarna av misstag delats upp i två grupper, en grupp avseende ATC-koden B03XA01 och en avseende ATC koderna B03XA02 och B03XA03. Uppdelningen är felaktig och landstinget medger att rättelse ska vidtas på så sätt att samtliga anbud utvärderas enhetligt. Landstinget har genomfört en ny korrekt utvärdering. Den brist som uppstått till följd av misstaget har

inte rört det konkurrensuppsökande skedet utan endast det senare stadium då anbudet ska utvärderas. Av fast praxis framgår att det vid sådant förhållande ska förordnas om rättelse och inte om att upphandlingen ska göras om, se RÅ 2005 ref. 47. Amgens yrkande om att upphandlingen ska göras om ska därmed avslås. *Brister i förfrågningsunderlaget*. Förfrågningsunderlaget innehåller inte några brister utan det har anpassats till den bransch som upphandlingen avser och innehåller den information som behövs för att kunna upprätta ett konkurrenskraftigt anbud. Läkemedelbranschen kännetecknas av att leverantörerna regelmässigt är relativt stora och att deras produkter är omgärdade av patent. Vid en upphandling av läkemedel är det därför viktigt att den upphandlande myndigheten utformar förfrågningsunderlaget och kravspecifikationerna på ett sådant sätt att konkurrens mellan olika likvärdiga preparat möjliggörs. Landstinget har efterfrågat anbud avseende övriga läkemedel vid anemier med den femställiga ATC-koden B03XA. Genom att efterfråga läkemedel med en femsiffrig ATC-kod har konkurrens mellan liknande preparat möjliggjorts. En uppdelning av produkterna i sju-siffriga koder hade medfört att konkurrensen begränsats eller omöjliggjorts t.ex. är Amgens läkemedel det enda med den sju-siffriga ATC-koden B03XA02. Uppdelningen på femsiffriga koder har godkänts av de medicinskt sakkunniga som ansett att de tänkbara preparaten vid en sådan avgränsning är utbytbara. Att det beträffande några läkemedelsgrupper varit tvunget att precisera till sju-ställiga ATC-koder innebär inte att landstinget inte skulle ha rätt att underlåta att utnyttja konkurrensmöjligheterna i övriga fall. Det som avgränsar vilka läkemedel som ska jämföras med varandra är främst läkemedlets effekt på patienten. Huruvida ett läkemedel innehåller en viss kemisk substans eller inte har därför ingen avgörande betydelse. Kan en viss effekt uppnås billigare med en annan substans ska den väljas om övriga förutsättningar är lika. Anbudsfrågan i nu aktuell upphandling har utformats mot bakgrund av detta. Relevanta doseringar ska bedömas av klinisk expertis och utifrån dessa bedömningar görs sedan en ekonomisk beräkning. Priset jämförs därefter vid poängsättningen



med apotekets inköpspris. Förfarandet medför att en relevant prisjämförelse möjliggörs. Amgen har inte påstått att det i föreliggande fall utelämnats uppgifter av det slag som var föremål för prövning i den återopade domen från Kammarrätten i Sundsvall den 16 april 2008 (mål nr 2947-07). Den anförda domen från Länsrätten Västernorrlands län från den 8 juni 2008 torde sakna prejudikatvärde i föreliggande fall. I det målet bestod bristen dessutom bl.a. i att det inte framgick av förfrågningsunderlaget att endast vissa priser skulle utvärderas, vilket inte är fallet i den nu aktuella upphandlingen. Förpackningarnas hanterbarhet utgör ett av utvärderingskriterierna inom ramen för farmaceutisk ändamålsenlighet vilket får ett positivt genomslag för Amgen i kalkylen. Det är inte nödvändigt att begränsa konkurrensen genom att precisera förpackningar, styrkor och beredningsformer. Leverantörerna har därigenom fått ett incitament att erbjuda så många olika beredningsformer, styrkor och förpackningar som möjligt för deras respektive läkemedel. Innebörden av att läkemedel har offererats i flera olika förpackningar och styrkor blir inte att flera olika anbud har lämnats. Däremot har anbudsgivaren kunnat erhålla poäng vid utvärderingen i förhållande till offererad sortimentsbredd. Tidigare använde landstinget i huvudsak NeuRecormon multidos med styrka 100 000 IU, men förpackningen saluförs inte längre på marknaden och har inte heller någon direkt motsvarighet. Landstinget har därför inte kunnat utgå från tidigare erfarenheter av förpackningar och styrkor. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår att "de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds när". Även om förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget har vissa brister kan dessa inte anses vara av så pass allvarlig art att kraven på likabehandling och transparens kan anses åsidosatta och upphandlingen därför bör göras om. *Grunder för anbudsutvärderingen*. Beräkningen av priset har inte varit hemlig för anbudsgivarna. Av avsnitt 1.3.2 i förfrågningsunderlaget framgår att priset ska anges

som avtalspris med apotekets inköpspris (AIP) och rabatt specificerat var för sig. Leverantörerna har på blanketten "anbudssvar läkemedel på rekvisition", fått lämna detaljerade uppgifter om de offererade produkterna med angivande av pris, styrka, AIP och rabatter. Lägsta bud har erhållit 300 poäng och därefter har poängen fördelats efter en jämförelse med det vinnande budets AIP. Priset har beräknats med utgångspunkt i genomsnittliga doser per vecka. Metoden att utgå från vanligt förekommande patientbehov vid jämförelser mellan läkemedel är allmänt vedertagen på marknaden och Amgens anbud innehåller en liknande jämförelse. Beträffande Amgens läkemedel Aranesp och Roche AB:s Mircera, måste en omräkning ske eftersom de har ett annat dosintervall. Omräkningen innehåller emellertid inga godtyckliga moment och är välkänd för leverantörerna på marknaden. *Den nya utvärderingen.* Anledningen till att den nya utvärderingen tagits fram är för att möjliggöra en jämförelse mellan långtidsverkande och korttidsverkande preparat. En sådan jämförelse kräver att hänsyn tas till relevanta doseringar vid de mest frekventa behandlingarna. Det är självklart att anbudsgivarnas priser förändras efter en omräkning. Referensvärdet 613 anges som lägsta pris vilket är det AIP som anbuden ska jämföras med och poängen har tilldelats i relation till detta. Den nya utvärderingen visar att Amgen inte under några omständigheter skulle ha tilldelats kontrakt. Amgens anbud ligger för högt i pris och är inte det ekonomiskt mest fördelaktiga. *Tilldelning av kontrakt.* Avseende aktuellt läkemedel har tre leverantörer antagits, Hospira Nordic AB, Janssen-Cilag AB och Roche AB. *Skada.* Landstinget har rättat utvärderingen. Det kan konstateras att en korrekt genomförd utvärdering inte föranleder att Amgen kommer att tilldelas något kontrakt. Amgens läkemedel Aranesp hamnar sist i utvärderingen efter en korrekt genomförd utvärdering. Amgen har därför inte drabbats av någon skada på grund av förbiseendet vid utvärderingen. Vid sådant förhållande ska ansökan om överprövning avslås.

## DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 2 kap. 15 § LOU anges följande. Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

I 5 kap. 5 § LOU anges följande. 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges följande. 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.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Regeringsrätten har dom den 13 november 2009, mål nr 7287-08, uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

I förfrågningsunderlaget daterat den 3 augusti 2009 anges bl.a. följande.

1.1.1 Upphandlingsobjekt. Denna upphandling avser läkemedel som föreskrivs per rekvisition (exkl. separata upphandlingar för vacciner, vätskor, cytostatika och kontrastmedel). Med detta avses läkemedel och läkemedelsnära produkter som administreras av sjukvårdspersonal inom landsting och kommun eller hos privata vårdgivare med vilka landstinget har avtal och där landstinget har betalningsansvar. Det totala beräknade värdet för aktuella artiklar i denna upphandling uppgår till ca 50 Mkr per år. I bilaga anges de ATC-koder där anbud förväntas. 1.2.10 Anbudsprövning. Kvalificerade anbudsgivare prövas avseende redovisade obligatoriska krav på anbudet och efterfrågade produkter. Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kvalificeringskrav och obligatoriska krav, kommer det/de anbud att antas som är det/de för landstinget mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn tagen till nedan rangordnade utvärderingskriterier. Hänsyn kommer att tas till det aktuella läkemedlets totala kostnadseffektivitet, dvs. inkluderande kostnaden för receptförskrivning inom läkemedelsförmånen så att det inte ger en fördyring av den totala läkemedelskostnaden för landstinget/regionen. Medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet 65 procent, avtalspris 30 procent och miljö 5 procent. Kriterier preciseras i Kravspeci-

fikationen. 1.3.2 Anbudspriser och rabatter. Pris ska anges som avtalspris, med AIP och rabatt specificerat var för sig, per varunummer i SEK exkl. mervärdeskatt och inkludera samtliga åtaganden enligt detta förfrågningsunderlag. Priser på tabletter och kapslar bör offereras i originalförpackning med brytningstillstånd samt som endosförpackade. I den mån flera varunummer förekommer är det önskvärt att angiven rabattsats (%) är desamma för samtliga offererade förpackningsstorlekar och styrkor inom respektive beredningsform. Rabatten bör motsvara minst ett basbelopp per preparat och år, då annars den administrativa kostnaden kan överstiga rabatten. Avtal kan dock i undantagsfall komma att tecknas även om rabatten understiger detta belopp. Observera att flera leverantörer kan komma att väljas per substans, men avsikten är naturligtvis att anta så få leverantörer som möjligt, vilket kan medge stora volymer för leverantören.

I bilaga 1 A till förfrågningsunderlaget anges som efterfrågad ATC, B03XA, inom grupp ”Övriga medel vid anemier”.

Av bilaga 1 B till förfrågningsunderlaget framgår att farmaceutisk ändamålsenlighet kan ge max 300 poäng i delkriterierna a. sortimentsbredd (max 130 poäng), b. hanterbarhet inklusive förvaringsbetingelser (max 110 poäng) och etikettering/märkning (max 60 poäng).

I Kravspecifikation rekvisitionsläkemedel anges bl.a. följande. 1.2. Utvärderingskriterier. Medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet. De medicinska ställningstagandena och besluten baseras på bästa möjliga tillgängliga kunskap (evidens) och dokumenterad klinisk effekt och säkerhet. De farmaceutiska hanterbarheten syftar bl.a. till ett sortiment som är anpassat till vårdarbete och patientbehov.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten prövar först frågan om landstingets förfrågningsunderlag innehåller sådana brister att upphandlingen, såvitt avser ”Övriga medel vid anemier ATC-B03XA”, ska göras om.

Vid all offentlig upphandling gäller principen om transparens vilket innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Den upphandlande myndigheten ska lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Amgen har anfört att det i förfrågningsunderlaget inte ges information avseende vilka kemiska substansnivåer, beredningsformer, styrkor, förpackningsstorlekar eller typer av förpackningar landstinget avser att köpa in utan att det istället har överlämnats till anbudsgivarna att komplettera förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening kan de av Amgen anförda omständigheterna inte anses visa att det aktuella förfrågningsunderlaget ska anses behäftat med sådana brister att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens trätts för när. I bilaga 1 A och 1 B till förfrågningsunderlaget samt i Kravspecifikationen anges vilken ATC-kod som efterfrågas och det finns en beskrivning av vilken betydelse beredningsformer, styrkor, förpackningsstorlekar eller typer av förpackningar kommer att ha vid utvärderingen. Amgen har dessutom erhållit högsta poäng vid utvärderingen i denna del. Det finns därmed inte skäl att gå närmare in på invändningen om att det i förfrågningsunderlaget inte anges hur utvärdering i detta avse-

ende kommer att ske. Det framgår även med tillräcklig tydlighet av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen kommer att ske avseende pris. Förfrågningsunderlaget är mot bakgrund härav inte att anse som så oklart utformat att anbud inte kunnat avges med tillräcklig insikt om hur utvärdering skulle komma att ske. Landstingets förfrågningsunderlag måste därför anses uppfylla kraven på transparens och förutsebarhet och upphandlingen strider inte i detta avseende mot LOU.

Nästa fråga är då om landstinget förfarit felaktigt vid utvärderingen av anbudet och i så fall om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Det får anses ostridigt i målet att landstinget har brutit mot 1 kap. 9 § LOU genom att i upphandlingen dela upp utvärderingen gällande ATC-koden B03XA, inom grupp "Övriga medel vid anemier" på så sätt att inte samtliga anbud inom den aktuella ATC-koden utvärderats mot varandra, utan att detta framgår av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner inte skäl för att frånga parternas samstämmiga mening i denna del. För ett ingripande enligt LOU krävs emellertid att det fel som den upphandlande myndigheten begått har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Det ankommer därvid på leverantören att visa att dennes möjligheter att erhålla kontraktet påverkats skadligt av felet.

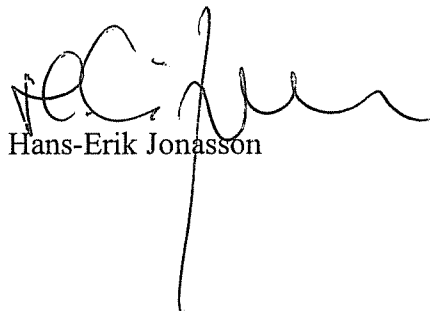
Landstinget har i anledningen av Amgens invändningar beträffande att anbudet inom den aktuella ATC-koden inte utvärderats mot varandra, inkommit med en "ny" anbudsutvärdering. I den "nya" utvärderingen har anbudet utvärderats mot varandra och resultatet av utvärderingen visar att Amgen likväl inte skulle ha kommit bland de tre främsta leverantörerna. Amgen har hävdatt att den "nya" utvärderingen är otydlig och ger landstinget utrymme att styra över utvärderingsresultatet. Även om det inte varit helt klart hur beräkningarna gjorts i samband med jämförelsen vid utvärde-

ringen har en leverantör ändå, enligt förvaltningsrättens mening, kunnat avgöra vad landstinget skulle komma att tillmäta betydelse i upphandlingen och vid utvärderingen. Utvärderingen har varit utformad och ägnad att ge ett rättvisande resultat. Vid sådant förhållande finner förvaltningsrätten mot bakgrund av den ”nya” utvärderingen att Amgen inte visat att den ifrågavarande felaktigheten har påverkat bolagets möjligheter att erhålla kontrakt. Amgen kan därför inte anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada och den aktuella bristen kan därmed inte läggas till grund för ingripande enligt LOU (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 3 mars 2005 i mål nr 1595-04).

Amgen har vidare invänt att landstinget brutit mot 5 kap. 5 § LOU genom att i upphandlingen endast teckna ramavtal med två leverantörer avseende den aktuella ATC-koden. Landstinget har anfört att tre leverantörer har antagits. Då Amgen inte visat att bolaget skulle ha varit en av de tre leverantörerna som ska antas, kan ingripande enligt LOU inte heller ske på denna grund.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att grund saknas för ingripande mot upphandlingen avseende ”Övriga medel vid anemier ATC-B03XA”. Ansökan ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1D).



Hans-Erik Jonasson