



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**  
2011-04-18  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
20868-10 E  
Enhet 1:1

**SÖKANDE**

Octapharma Nordic AB, 556614-9794  
112 75 Göteborg

## Ombud:

Advokaten Emma Berglund  
Advokaten Fredrik Linder  
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB  
Box 715  
101 33 Stockholm

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-04-18	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**MOTPART**

Västra Götalandsregionen  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

## Ombud:

Regionjuristen Torgny Königson  
Västra Götalandsregionen  
Regionens hus  
462 80 Vänersborg

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att upphandlingen, avseende ATC-kod B05AA01, får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny utvärdering av anbudet, varvid anbudet från Baxter Medical AB inte ska beaktas.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 17 december 2010 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 62566

<b>Postadress</b> Box 53197 400 15 Göteborg	<b>Besöksadress</b> Sten Sturegatan 14	<b>Telefon</b> 031 - 732 70 00 E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenigoteborg@dom.se">forvaltningsrattenigoteborg@dom.se</a>	<b>Telefax</b> 031 - 711 78 59	<b>Expeditionstid</b> måndag - fredag 09:00-15:00
---	---	---	-----------------------------------	---

**BAKGRUND**

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling av Rekvisitionsläkemedel 2011, dnr SN335-2010. Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande och avser ett stort antal s.k. ATC-koder. Av tilldelningsbeslut den 24 november 2010 samt beräkningsmodellen framgår att anbud från Baxter Medical AB (Baxter) antogs beträffande ATC-kod B05AA01.

Förvaltningsrätten har den 17 december 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

**YRKANDEN M.M.**

**Octapharma Nordic AB** (Octapharma) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen såvitt avser ATC-kod B05AA01 får avslutas först sedan VGR vidtagit rättelse på så vis att regionen vid utvärderingen ska förkasta anbud från Baxter. I andra hand yrkar Octapharma att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att utvärderingen av ATC-kod B05AA01 ska göras om.

Octapharma anför i huvudsak följande. Baxter uppfyller inte skullkravet i punkt 2.4.1 i Anbudsinbjudan innebärande att kopia på registreringsbevis som inte är äldre än sex månader räknat från sista anbudsdag ska inges. Baxter har inkommit med ett registreringsbevis från Bolagsverket som är utfärdat den 10 december 2009. Sista anbudsdag i upphandlingen var den 30 augusti 2010 med följd att registreringsbevis tidigast får vara utfärdat den 28 februari 2010 för att uppfylla skullkravet. Baxters registreringsbevis är för gammalt med följd att Baxters anbud därmed ska förkastas. Octapharma har rankats som nummer två i utvärderingen och ska därför tilldelas kontrakt avseende ATC-kod B05AA01.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

Sida 3  
20868-10

VGR har dessutom vidtagit en felaktig utvärdering av Octapharmas och Baxters anbud avseende utvärderingskriterierna Sortimentbredd samt Hanterbarhet inklusive förvaringsbetingelser. Gällande Sortimentbredd har Octapharma offererat sex olika förpackningsstorlekar, med tre olika styrkor, avseende albumin och erhållit 40 poäng, vilket är den högsta möjliga poängen för utvärderingskriteriet. Baxter har offererat två förpackningsstorlekar, med två styrkor, avseende albumin och också erhållit högsta poäng. För att regionens utvärdering ska vara förenlig med LOU ska Baxter tilldelas lägre poäng än Octapharma avseende utvärderingskriteriet Sortimentbredd.

Avseende utvärderingskriteriet Hanterbarhet inklusive förvaringsbetingelser har VGR i kommentar till utvärderingen angett att Baxters produkt Flexbumin har en infusionspåse, vilken har förvarings- och hanteringsmässiga fördelar och har tilldelats maximala 40 poäng. Octapharma har tilldelats poängavdrag på grund av förvaring och förpackningens utformning – glasflaska. Det framgår ingenstans i bilaga 8a att infusionspåse kommer att medföra en högre poäng än glasflaska. Denna otydlighet strider i sig mot transparensprincipen. Det ska även noteras att Baxters offererade produkt albumin, med varunummer 048015, levereras i glasflaska. Att tilldela Octapharma tio poäng mindre än Baxter på grund av att en av Baxters två produkter levereras i en glasflaska strider mot transparensprincipen, lika-behandlingsprincipen samt proportionalitetsprincipen. Hur beräkningen av anbudsgivarnas pris gått till har inte redovisats.

Det skiljer endast 0,58 poäng mellan Baxter och Octapharmas slutpoäng. Genom att Octapharma, vid en korrekt genomförd upphandling, skulle antagits som leverantör har bolaget lidit skada.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 1**DOM**

VGR bestrider Octapharmas yrkanden och hemställer att förvaltningsrätten ska avslå ansökan och i samband därmed upphäva det interimistiska beslutet. VGR anför i huvudsak följande.

Skäl till ett krav på att registreringsbevis bifogas anbud torde normalt vara att möjliggöra kontroll av att ett anbud undertecknats av den eller dem som tecknar anbudsgivarens firma. I förfrågningsunderlaget för nu aktuell upphandling anges i punkt 2.2 i Anbudsinbjudan att anbudet ska vara undertecknat av behörig företrädare hos anbudsgivaren. Härmed avses inte firmatecknare utan regionen godtar en uppgift i anbudet att den som undertecknat har behörighet för detta. Eftersom inte eller några andra uppgifter i registreringsbeviset är avgörande för om en leverantör ska få delta i upphandlingen eller påverkar anbudsprövningen, har regionen underlåtit att begära komplettering av anbudet med ett nytt registreringsbevis. Det hade inte inneburit risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning att begära en komplettering av Baxters anbud med ett nytt registreringsbevis (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 30 januari 2009, mål nr 7217-08).

Det skulle uppenbarligen ha stått i strid med principen om proportionalitet att i samband med tilldelningsbeslutet utesluta anbudet från Baxter från deltagande på grund av att registreringsbeviset var något för gammalt, när kravet på sådant bevis inte var nödvändigt och felet dessutom hade kunnat läkas genom att regionen infordrat nytt bevis. Det framgår inte av Svarsblanketten att registreringsbeviset inte får vara äldre än sex månader från sista anbudsdag. Detta anges i stället i Anbudsinbjudan närmast i anslutning till en text om blanketten SKV 4820. Det måste betraktas som uteslutet att någon leverantör och presumtiv anbudsgivare har avstått från att lämna ett anbud eller lämnat ett mindre konkurrenskraftigt anbud på grund av kravet på registreringsbevis.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1**DOM**Sida 5  
20868-10

Baxter har efter tidpunkten för tilldelningsbeslutet kompletterat sitt anbud med ett registreringsbevis daterat den 20 december 2010. Någon skillnad i innehållet med relevans för upphandlingen mellan detta bevis och det som bifogades anbudet finns inte. Genom det senare registreringsbeviset har det visats att det förra omtvistade beviset faktiskt innehöll de uppgifter som kunde vara relevanta och att det enda felet var just dateringen. Även på denna grund anser VGR att det skulle vara oproportionerligt att utesluta anbudet från Baxter. – Regionen åberopar Kammarrättens i Göteborg domar från den 30 januari 2009, mål nr 7217-08, samt den 18 december 2009, mål nr 4904-09.

Vad gäller utvärdering av Sortimentbredd har VGR gjort bedömningen med utgångspunkt från regionens behov, vilket är albumin 200 mg/mL 100 ml (ca 17 000 förpackningsenheter) samt 50 mg/mL 250 ml (ca 2700 förpackningsenheter). Under anbudstiden har regionen lämnat svar innebärande att utvärderingen baseras på behovet. Anbuderna från Octapharma och Baxter innebär lika stor uppfyllelse av de behov som upphandlingen ska uppfylla för regionen och är alltså likvärdiga. Att ytterligare produktvarianter ingår i sortimentet gör inte ett anbud ekonomiskt mer fördelaktigt. Samma poäng ska då ges för båda anbuderna.

Angående utvärderingen av Hanterbarhet inklusive förvaringsbetingelser anför VGR följande. Av alla infusioner med albumin i regionen är 85 procent med styrkan 200 mg/ml (volym 100 ml). Den enda av anbudsgivarna som erbjuder detta i påse (Flexbumin) är Baxter. Övriga anbud erbjuder lösningen i glasflaska. Under farmaceutisk ändamålsenlighet utvärderas hanterbarheten för produkten, max 40 poäng. Här utvärderas bl.a. förvaringsbetingelser (max 5 p) och produktens utformning (max 20 p). Glasflaskan har stora nackdelar i dessa avseenden. Poängavdrag har därför gjorts med totalt 10 poäng. Det måste anses känt för anbudsgivarna att den helt dominerande styrkan vid infusioner med albumin i regionen är 200

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

Sida 6  
20868-10

mg/ml. Det var därmed förutsebart att det skulle fästas extra stor vikt vid hanterbarheten av just den lösningen. Detta kan inte uppvägas av att en annan sällan använd lösning levereras i en bättre behållare. Utvärderingen har skett med hjälp av medicinsk och farmaceutisk expertis med hänsynstagande till de kriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Hur VGR skulle komma att beräkna anbudspriser har regionen angett i svar på fråga under anbudstiden.

**Octapharma** har herefter anfört i huvudsak följande. Baxter har kompletterat sitt anbud med ett nytt registreringsbevis *efter* det att tilldelningsbeslutet tillställdes anbudsgivarna. En komplettering som sker efter tilldelningsbeslutet saknar relevans (jfr Kammarättens i Göteborg dom den 20 mars 2009, mål nr 7714-08 samt Kammarättens i Stockholm dom den 23 oktober 2008, mål nr 3706-08). En avgörande skillnad mot det av regionen åberopade rättsfallet är att kompletteringen där skedde *före* tilldelningsbeslutet.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att VGR vid utvärderingen av Sortimentbredd utgått från regionens behov eller att ytterligare produktvarianter inte gör ett anbud ekonomiskt mer fördelaktigt för regionen. VGR har således tillämpat utvärderingskriterier som inte varit kända för anbudsgivarna. Av de svar som lämnats under anbudstiden framgår inte något om regionens behov eller vilken beredningsform, storlek, styrka eller brytningstillstånd som motiverar en högre poäng. Det kan inte förutsättas att anbudsgivarna har viss kunskap om regionens behov. Det framgår heller inte av förfrågningsunderlaget att förpackning i form av påse skulle vara bättre än glasflaska, ännu mindre varför regionen anser detta, eller att priset skulle baseras av snittpris på de volymer regionen har förbrukat under de senaste tolv månaderna. För det fall en anbudsgivare hade haft denna vetenskap i samband med anbudslämnandet hade anbudet kunnat formuleras på ett annat sätt.

VGR har härefter gjort i huvudsak följande tillägg. Enda skillnaden mellan det tidigare ingivna registreringsbeviset och kompletteringen synes vara byte av huvudansvarig revisor och att ytterligare firmatecknare anges. Den formella bristen hos Baxters anbud skulle under inga omständigheter ha kunnat innebära att Baxters anbud fått annan behandling eller andra förutsättningar än övriga anbud. Det är inte särskilt anmärkningsvärt att man vid utvärderingen av Sortimentbredd utgår från i vilken mån ett anbud täcker behovet av olika styrkor och vid utvärderingen av pris utgår från vad som faktiskt förbrukats. Styrkan 40 mg/ml albumin utgör mindre än två procent av totala förbrukningen. Denna lilla volym ska inte påverka bedömningen av Sortimentbredd.

## **DOMSKÄL**

### *Tillämpliga bestämmelser*

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.

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

Enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning

eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enligt andra stycket får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

*Uppgifter i förfrågningsunderlaget m.m.*

Enligt punkt 2.4 i Anbudsinbjudan anges att följande obligatoriska krav ska vara uppfyllda. Under punkt 2.4.1, Intyg från myndigheter, anges bl.a. följande. Anbudsgivare ska uppfylla i Sverige eller hemlandet lagenligt ställda krav avseende sina registrerings-, skatte- och avgiftsskyldigheter. Kopia på företagets registreringsbevis utfärdat av behörig officiell myndighet (motsvarande i Sverige av Bolagsverket) bifogas. /.../ Intyg eller motsvarande ska inte vara äldre än sex (6) månader räknat från sista anbudsdag.

Enligt punkt 2.6.3 i Anbudsinbjudan kommer de anbud att antas som är de för regionen mest fördelaktiga med hänsyn till nedan viktade utvärderingskriterier: 1. Medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet (70 procent), 2. Pris (30 procent).

För i målet aktuella utvärderingskriterier anges följande i bilaga 8a.

Farmaceutisk ändamålsenlighet	
<b>a. Sortimentbredd</b> (max 40 p)  Utvärderas när det är relevant, i övrigt fall ges maxpoäng	<b>1-10 poäng:</b> beredningsform <b>1-10 poäng:</b> förpackningsstorlek <b>1-10 poäng:</b> styrka <b>0-10 poäng:</b> bryningstillstånd
<b>b. Hanterbarhet</b> (max 40 p)  Utvärderas när det är relevant, i övrigt fall ges maxpoäng	<b>1-5 poäng:</b> förvaringsbetingelser (ex ljusskydd, kylförvaring) <b>1-10 poäng:</b> beredningsaspekter (ex torrsubstans, lösbarhet, beredningsanvisning) <b>1-20 poäng:</b> produktens utformning (ex hanterbarhet vid iordningställande och administrering, förpackningens utformning) <b>0-5 poäng:</b> patientinformation



*Förvaltningsrättens bedömning*Påstådda brister i Baxters anbud

De krav som anges i förfrågningsunderlaget måste vara uppfyllda för att ett anbud ska vara kvalificerat till utvärderingsfasen och den upphandlande myndigheten måste upprätthålla dessa krav vid prövningen av anbuden.

Baxter har till sitt anbud fogat ett registreringsbevis som var äldre än sex månader räknat från anbudstidens utgång. Först sedan ansökan om överprövning inletts har Baxter kommit in med ett registreringsbevis som uppfyller aktualitetskravet.

Enligt förvaltningsrättens mening ger avfattningen av punkten 2.4.1, vilken anges som underrubrik till obligatoriska krav, inte utrymme för en annan tolkning än att kravet på att komma in med registreringsbevis är absolut samt att aktualitetskravet är generellt och således omfattar handlingar från samtliga anbudsgivare.

Eftersom Baxters anbud därmed inte uppfyllt aktuellt krav borde det inte kvalificerats för utvärderingen. Det saknar vidare betydelse om en komplettering hade varit möjlig eller inte, eftersom en sådan inte begärts och inte heller inkommit innan beslut om tilldelning fattades. Det är enligt förvaltningsrättens mening under alla förhållanden inte möjligt att läka en sådan brist varom nu är fråga efter det att utvärderingen genomförts.

Octapharma har härigenom riskerat att lida skada, varför upphandlingen, avseende ATC-kod B05AA01, bör rättas på så sätt att utvärderingen av anbuden ska ske utan beaktande av Baxters anbud.

Påstådda brister i utvärderingen

Octapharma anser att det av förfrågningsunderlaget inte tillräckligt tydligt framgått hur utvärderingen skulle ske för kriterierna Sortimentbredd samt Hanterbarhet inklusive förvaringsbetingelser och därtill att VGR:s prisutvärdering varit otydlig.

De utvärderingskriterier som används ska vara tydliga och fattbart formulerade i förfrågningsunderlaget där även deras inbördes vikt ska anges. Hur tydligt utvärderingskriterierna kan anges är dock beroende av föremålet för upphandlingen.

När det gäller kriteriet farmaceutisk ändamålsenlighet framstår det som rimligt att poängsättningen av de olika underkriterierna, så som de är formulerade, sker efter någon form av helhetsbedömning. Utvärderingen har också skett med hjälp av en grupp med medicinsk och farmaceutisk expertis.

Vad först gäller Sortimentbredd så framgår av förfrågningsunderlaget vilka underkriterier som kommer att värderas och VGR har i svar under anbuds tiden angett att utvärderingen baseras på regionens behov. Även om det hade varit tydligare om VGR i förfrågningsunderlaget angett behovet för respektive ATC-kod kan det inte anses vara en sådan brist som utgör grund för ingripande med stöd av LOU. Eftersom både Octapharma och Baxter synes ha uppfyllt regionens behov har VGR haft fog för att tilldela deras anbud samma poäng.

Vad gäller påstådda brister i utvärderingen av kriteriet Hanterbarhet inklusive förvaringsbetingelser noterar förvaltningsrätten att det av bilaga 8a till förfrågningsunderlaget klart framgår att förvaringsbetingelser (1-5 poäng) och produktens utformning (1-20 poäng) kommer att beaktas. Som exem-

pel på vad som vägs in i bedömningen av produktens utformning anges i samma bilaga, hanterbarhet vid iordningställande och administrering samt förpackningens utformning. Anbudsgivarna måste då insett att förhållandet om produkten levereras i påse eller flaska skulle kunna påverka poängsättningen.

Vad gäller prisutvärderingen har VGR i svar under anbudstiden klargjort att priset beräknas på uppskattad volym som köps för respektive beredningsform, styrkor och förpackningar. Anbudspris och uppskattad volym utgör basen för beräkningarna. Anbudsgivarna får därmed anses ha fått tillräcklig information om hur priset skulle beräknas och haft samma möjligheter att utforma sina anbud utefter de uppställda kriterierna. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att VGR vid utvärderingen följt de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget, varför grund för ingripande enligt LOU, i denna del, saknas.

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



Lars Dahlström

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Fredrik Rogö.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU