

**KLAGANDE**

Abcur AB, 556701-3957

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

**MOTPARTER**

1. Stockholms läns landsting

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

2. Hospira Nordic AB, 556627-9583  
Box 34116  
100 26 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 15 december 2014  
i mål nr 26549-14, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar med ändring av förvaltningsrättens dom att upphandlingen avseende position 70 i Stockholms läns landstings upphandling av läkemedel på rekvisition (SLL450) får avslutas först efter rättelse på så sätt att utvärderingen sker utan beaktande av Hospira Nordic AB:s anbud.

**YRKANDEN M.M.**

**Abcur AB** (Abcur) fullföljer sin talan och anför bl.a. följande. Att redogöra för bakgrunden till bristande leveranssäkerhet är inte detsamma som att redogöra för vidtagna åtgärder för att säkerställa god leveranssäkerhet. Ett företags leveranssäkerhet och servicegrad beror på ett flertal faktorer. Vad gäller det tredje läkemedlet, för vilket Hospira Nordic AB (Hospira) inte lämnat någon förklaring eller redogörelse, är förvaltningsrättens resonemang av flera skäl felaktigt. Genom att för en viss del av anbudet göra en rimlighetsbedömning av ett uppställt obligatoriskt krav skapas en oförutsebarhet som inte kan accepteras. Samtliga anbudsgivare har haft att förhålla sig till det krav som ställts upp. Att göra avsteg från kravet kan leda till brott mot likabehandlingsprincipen. Det har varit naturligt för landstinget att ställa krav på redogörelse även för läkemedel som inte omfattats av den aktuella upphandlingen.

**Stockholms läns landsting** (SLL) bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. SLL har valt att ställa separata krav avseende leveranssäkerhet av det skälet att en anbudsgivare ska kunna anses ha en god leveranssäkerhet utan att leva upp till en servicegrad om 98 procent. Hospira har enligt SLL visat att bolaget har en god leveranssäkerhet trots att leveranssäkerheten avseende tre läkemedel visats understiga den efterfrågade leveranssäkerheten om 98 procent. För två av läkemedlen har Hospira lämnat en korrekt och tillräcklig redogörelse i enlighet med det uppställda kravet. SLL har inte ställt mer långtgående krav på omfattningen eller detaljnivån på en sådan redogörelse. Vidare har SLL gjort bedömningen att redogörelsen omfattat samtliga tre läkemedel. Som anförts i förvaltningsrätten skulle det med hänsyn till ett flertal faktorer vara oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av brist på särskild redogörelse för vidtagna åtgärder avseende det tredje läkemedlet. SLL har inte brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Inte heller lider eller riskerar Abcur att lida skada.

Hospira har förelagts att yttra sig i målet, men har inte kommit in med något yttrande.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser inledningsvis att det inte finns anledning att göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten gjort vad gäller Abcurs yrkande 2 och 3 i sin ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

I förfrågningsunderlaget har SLL ställt vissa obligatoriska krav avseende leveranssäkerhet. Kraven tar sikte på en leverantörs servicegrad, som i förfrågningsunderlaget definieras som andelen kompletta leveranser i tid (inom 24 timmar). I de fall servicegraden understiger 98,0 procent totalt ska anbudsgivaren enligt förfrågningsunderlaget redogöra för de läkemedel som haft lägre servicegrad samt vidtagna åtgärder för att säkerställa en god leveranssäkerhet.

Det är ostridigt att Hospira avseende tre läkemedel haft en lägre servicegrad än 98,0 procent. I sitt anbud uppgav Hospira att framför allt två angivna läkemedel dragit ned leveranssäkerheten och att orsaken till detta varit att Hospira haft en mycket stor marknadsandel i Sverige på dessa två produkter och att efterfrågan varit större än beräknat. Vidare angavs att bolaget arbetar för att detta ska komma att förbättras/normaliseras under hösten 2014.

Kammarrätten konstaterar att Hospira därmed endast redogjort för bakgrunden till varför servicegraden understigit 98,0 procent för två läkemedel och lämnat en uppgift om att bolaget arbetar för att komma till rätta med problemet. Det anges dock inte på vilket sätt bolaget arbetar för att åtgärda problemet. Vilka åtgärder som vidtagits kan inte heller på ett logiskt sätt anses följa av bolagets problembeskrivning. Såvitt avser dessa två läkemedel uppfyller Hospiras anbud enligt kammarrättens

bedömning inte de obligatoriska krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Vidare har Hospira dessutom haft en lägre servicegrad än 98,0 procent för ett tredje läkemedel, för vilket det helt saknas uppgifter om vilka åtgärder som vidtagits eller ens vad avvikelserna berott på. Enligt kammarrättens mening kan de uppgifter Hospira lämnat inte anses innefatta en redogörelse för vidtagna åtgärder beträffande detta tredje läkemedel. Bolagets anbud uppfyller därmed inte heller avseende detta läkemedel de obligatoriska krav som ställts i förfrågningsunderlaget.

Med hänsyn till likabehandlingsprincipen får ett anbud normalt inte antas om det inte uppfyller de obligatoriska krav som ställts upp i ett förfrågningsunderlag. Till stöd för att Hospiras anbud ändå ska beaktas har SLL bl.a. anfört att avvikelserna rör läkemedel som inte omfattas av upphandlingen, att leveranssäkerheten varierar kraftigt i branschen, att Hospira tillhör de bolag som överlag uppvisar en högre grad av leveranssäkerhet och att det sammantaget vore oproportionerligt att förkasta anbudet.




När det gäller SLL:s invändningar konstaterar kammarrätten inledningsvis att ett angivet mål för upphandlingen har varit att säkerställa leveranser. De specifika krav som ställts på leveranssäkerhet i förfrågningsunderlaget måste rimligen förstås mot denna bakgrund. Det finns enligt kammarrättens mening inte skäl att ifrågasätta att det varit relevant och sakligt motiverat för SLL att ställa upp ett krav som innebär att en leverantör som inte uppnått en viss angiven servicenivå åtminstone måste kunna redogöra för åtgärder som vidtagits i syfte att säkerställa god leveranssäkerhet. Hospira har inte lämnat någon sådan redogörelse. Det har inte heller på något annat sätt kommit fram att bolaget vidtagit konkreta åtgärder för att förbättra leveranssäkerheten. Vidare är det krav som ställts enligt kammarrättens mening inte särskilt ingripande eller onödigt långtgående. Det är inte heller uteslutet att kravet kan haft en viss betydelse för konkurrensen mellan leverantörerna och deras möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud. Om det hade varit känt från början att kravet eventuellt inte skulle komma

att upprätthållas, kan det tänkas att ytterligare leverantörer hade lämnat anbud. Det kan inte anses ha någon avgörande betydelse om avvikelser rör läkemedel som ingår i den nuvarande upphandlingen eller inte.

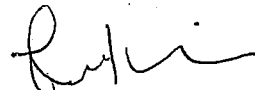
Kammarrätten finner sammantaget att SLL:s invändningar inte medför skäl att göra någon annan bedömning än att SLL genom att beakta Hospiras anbud vid utvärderingen har handlat i strid mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Abcur, som kommit på andra plats i utvärderingen, har därigenom lidit skada. Det finns därför grund för ett ingripande med stöd av LOU. En utgångspunkt vid bedömningen av om en upphandling ska rättas eller göras om är att en mer ingripande åtgärd än vad som är nödvändigt inte bör tillgripas. Med hänsyn till att den felaktighet som konstateras gäller ett obligatoriskt krav som inte uppfyllts ska upphandlingen inte göras om utan rättas på så sätt att Hospiras anbud inte ska utvärderas.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Eva Lénberg Karlsson	Pär Hemmingsson	Johan Jansson
kammarrättsråd	kammarrättsråd	tf. kammarrättsassessor
ordförande	referent	

  
Emil Boqvist  
kammarrättsfiskal  
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 16

**DOM**  
2014-12-15  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
26549-14

*Bilaga A:*  
Sida 1(18)

**SÖKANDE**

Abcur AB, 556701-3957

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

**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	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag
		E-post:		08:00-16:30
		forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

**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 anbudsutvärdering 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 parthandel)



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

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 anbudsinbjudan 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-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM

DOM

Allmänna avdelningen

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 behöver 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 handelsvara 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 spädas 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 viktningssmallen 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 rekvirerade 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 anbudsinsbjudan**

*Bolaget anför bl.a. följande*

SLL har i anbudsinsbjudan 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 anbudsinvjudan skulle tolkas.

*SLL anför bl.a. följande*

SLL:s rätt att bedöma vilka förpackningar som kan eller inte kan ersätta en saknad anbudsvara, i de fall en leverantör saknar en viss förpackningstyp, finns tydligt beskrivet i punkt 11.1.1. i anbudsinvjudan. 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.

#### SKÅLEN 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-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

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 anfört 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 anbudsinbjudan 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 anbudsvara.

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 anbudsinbjudan. 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 anbudsinvjudan**

Bolaget har anført att utformningen av anbudsinvjudans 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 gemenskapsrätliga 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.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.