



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 1

DOM
 2011-04-18
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 20345-10 E
 Enhet 1:1

SÖKANDE

Baxter Medical Aktiebolag, 556171-0657
 Box 63
 164 94 Kista

Ombud:
 Advokaten Pernilla Norman
 Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
 Box 27707
 115 91 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
 Regionstyrelsens kansli
 462 80 Vänersborg

Ombud:
 Torgny Königson
 Västra Götalandsregionen
 Regionens hus
 462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 6 december 2010 upphör
 härmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-04-18	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

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 Fresenius Kabi AB (Fresenius) antogs som leverantör i den del av upphandlingen som avser ATC-kod B05BA10 (nutrition).

Förvaltningsrätten har den 6 december 2010 beslutat att upphandlingen vad avser ATC-kod B05BA10 (nutrition) inte får avslutas innan förvaltningsrätten slutligen prövar upphandlingen eller beslutar något annat.

YRKANDEN M.M.

Baxter Medical Aktiebolag (Baxter) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen i den del som avser ATC-kod B05BA10 (nutrition) inte från avslutas förrän rättelse vidtas på så sätt att utvärderingen görs om och Baxter tilldelas avtalet.

Baxter anför i huvudsak följande. VGR har handlat i strid med LOU genom att i utvärderingen avseende underkriteriet "Medicinsk ändamålsenlighet – TPN; innehåll av nutrienter i TPN-sortimentet" tilldela bolagets offererade produkt Olimel poängavdrag trots att den uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget har *inte* varit förutsägbart och transparent vad gäller hur utvärderingen av det aktuella underkriteriet skulle komma att ske. Förfrågningsunderlaget innehåller en skrivning som innebär att utvärderingskriteriet "Medicinsk ändamålsenlighet" skulle baseras på "bästa tillgängliga kunskap (evidens) och dokumenterad klinisk effekt och säkerhet" (Bilaga 1 Volym 1 till förfrågningsunderlaget, rad 87). Förfrågningsunderlaget innehåller ingen beskrivning av vad

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

som avses härmed, vilket innebär att den europeiska standarden ska användas vid utvärderingen. För att de fastlagda principerna om transparens och förutsebarhet ska vara uppfyllda fördras att det som tillmäts betydelse, det vill säga värderas, *antingen* tydligt beskrivs i förfrågningsunderlaget *eller* framgår av en allmänt vedertagen standard eller liknande. En standard ska användas om det inte finns objektiva godtagbara skäl att avvika från standarden. Om det finns sådana skäl ska det anges i förfrågningsunderlaget och även vad som ska tillämpas *i stället* för standarden. Något sådant framgår inte av förfrågningsunderlaget. Det får därför uppfattas som att kravet avser att produkterna ska följa ESPEN Guidelines för parenteral nutrition 2009, vilka består av tio stycken guidelines. Olimel uppfyller samtliga tio ESPEN Guidelines för parenteral nutrition. Eftersom de offererade lösningarna uppfyller den europeiska standarden, dvs. ESPEN Guidelines, är innehållet av näringsämnen (aminosyrainnehåll) fullgott och kan täcka behovet hos olika patientgrupper. VGR har därmed felaktigt tilldelat Baxter poängavdrag. Därmed är den utvärdering VGR har gjort såväl medicinskt som upphandlingsrättsligt felaktig.

Det är helt fel att Olimel N9 skulle användas i de flesta fall i den kliniska verksamheten. I stället är det de andra av Baxter offererade produkterna som använts mest i den kliniska verksamheten. Olimel N9 används till de svårast sjuka patienterna som ligger på intensivvårdsavdelningar, där man även använder 24-timmars kontinuerlig parenteral nutrition via 1-liters-påsar. Detta är emellertid en mycket liten andel av samtliga vårdenheter. Resterande, den stora andelen patienter på vårdavdelning, får oavsett vikt Olimel N7 eller N4 i olika volymer. Det förefaller uppenbart att VGR inte satt sig in i vilka av de av Baxter offererade produkterna som är lämpliga i vilken situation, utan i sitt yttrande utgått från att i stort sett endast Olimel N9 skulle användas. Om Baxter hade tilldelats rätt poäng i denna del hade bolaget vunnit upphandlingen och tilldelats avtal för här aktuell ATC-kod. Grund föreligger därmed för förvaltningsrätten att förordna att upphand-

lingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på det sätt att utvärderingen görs om och Baxter tilldelas avtalet.

Produkterna i det vinnande anbudet från Fresenius uppfyller bara sex av tio ESPEN Guidelines, varför detta anbud borde tilldelats poängavdrag. Fresenius borde inte heller tilldelas full poäng för kriteriet Sortimentbredd. Fresenius offererade sortiment är begränsat och bl.a. har Fresenius inte offererat någon påse som täcker behovet hos patienter som har ett proteinbehov på mer än 1,3 g/kg/dag. Detta innebär att Fresenius inte offererat någon produkt som följer riktlinjerna för ICU och Surgery. Därmed täcker Fresenius sortiment inte alla patienters behov, vilket har ställts upp som krav i förfrågningsunderlaget. Grund föreligger därmed för förvaltningsrätten att förordna om rättelse på så sätt att Fresenius tilldelas poängavdrag för Sortimentbredd. Baxter skulle därmed, även för det fall förvaltningsrätten inte skulle bifalla Baxters talan vad avser utvärderingskriteriet Innehåll av näringsämnen i TPN-sortimentet, vinna upphandlingen och tilldelas avtal.

VGR bestrider Baxters yrkanden och hemställer att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning och i samband därmed upphäver det interimistiska beslutet.

VGR anför i huvudsak följande. Vid utvärderingen avseende medicinsk ändamålsenlighet och farmaceutisk ändamålsenlighet erhöll Fresenius och Baxter lika hög poäng utom vad gäller "Innehåll av näringsämnen i TPN-sortiment", där poängavdrag gjordes för Baxter. Avdraget motiverades i beslutet på följande sätt: "*Poängavdrag för innehåll av näringsämnen, eftersom aminosyrainnehållet är för lågt i 8 av 9 lösningar för att kunna tillgodose behovet hos många patienter*". Utvärderingen har gjorts beträffande hela sortimentet av lösningar inklusive den som Baxter syftar på, Olimel N9, som har en hög koncentration av aminosyror i förhållande till energiinnehållet. Den av Baxter åberopade texten "rådande kunskapsläge och riktlin-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 5
20345-10 E

jer" är en del av beskrivningen av den produkt som VGR efterfrågar under angiven punkt, nämligen en trekammarpåsar som ska kunna tillgodose behovet av nutrienter (kolhydrater, aminosyror och fett) för alla patienter i regionen i enlighet med rådande kunskapsläge och riktlinjer. Vilka kriterier som skulle tillämpas vid utvärderingen anges i anbudsinbjudan punkt 2.6.2 och 2.6.3 samt bilaga 8b till anbudsinbjudan. Vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till angivna kriterier kan ESPEN Guidelines vara ett verktyg. VGR har inte avvikit från den europeiska standarden inom området.

Utvärderingen har gjorts av den sakkunskap som VGR har inom sin verksamhet och av en expertgrupp med hög medicinsk och farmaceutisk kompetens. ESPEN Guidelines är inte en absolut sanning. VGR har haft rätt att i utvärderingen stödja sig på annan dokumentation och nyare rön. VGR har inte använt sig av några kriterier som inte angetts i förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen har VGR utgått från produkternas totala energiinnehåll, innefattande fett, aminosyror och protein. Resultatet har sammanställts i en tabell som belyser det faktiska innehållet av aminosyror (totalmängder) i energimässigt jämförbara påsar. Av Baxters produkter är det endast Olimel N9 som har en tillräcklig halt av aminosyror (men för låg totalmängd) för att användas till flertalet av regionens patienter som är i behov av nutrition via central venkateter. Eftersom Baxter inte erbjuder Olimel N9 i mer än en storlek, så har regionen för övriga påsstorlekar gjort pris- och innehålls-jämförelse med Baxters N7 och N5-påsar. Uppskattningsvis utgör behovet av större påsvolymer inom regionen ungefär 35 procent av den totala upphandlingen av TPN. Till följd av detta måste bedömningen bli att Baxters TPN-sortiment får poängavdrag för sitt innehåll av nutrienter, eftersom Olimel N7 och N5 inte fullt tillgodoser behovet för flertalet patienter. Hade VGR, som Baxter föreslår, använt Olimel N9 i utvärderingen fullt ut, hade kostnadsberäkningen blivit till klar nackdel för Baxters del, eftersom kostnaden för Olimel N9 är betydligt högre än Olimel N5 och N7 för att få

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

motsvarande energiinnehåll. Det totala priset skulle då inte kunna konkurrera med de andra leverantörernas priser, beroende på att man i många fall måste använda fler påsar per dygn av Olimel N9. VGR har jämfört produkter med likvärdigt energiinnehåll och utgått från att varje påse används under ett dygn, vilket är en normalanvändning och därmed det sortiment som ska passa olika patienters behov. Det måste vara regionen som har bäst möjlighet att bedöma behoven i den egna verksamheten. Vid bedömningen av pris har hänsyn tagits till i vilken omfattning de olika produkterna används. Prisberäkningen har gjorts på det pris per påse som Baxter offererat, utgående från att en påse används under ett dygn. Vad gäller kriteriet Sortimentbredd har den bedömts som likvärdig för de olika leverantörerna. Skäl för poängavdrag finns därför inte. Det framgår också tydligt av förfrågningsunderlaget (Bilaga 8a) att Sortimentbredd utvärderas när det är relevant och att i övriga fall ges maxpoäng.

Vid upphandling av den här typen av varor är det inte möjligt att redovisa en utvärderingsmall där bedömningen kan ske helt mekaniskt utifrån kriterier och viktning. Ett visst mått av professionell bedömning måste alltid ske. De bedömningar av anbuden som gjorts i nu aktuell upphandling har varit icke-diskriminerande och förutsebara för leverantörerna.

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
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 7
20345-10 E

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.

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga i målet är om den utvärdering som VGR företagit för ATC-koden B05BA10 (nutrition) och särskilt av underkriteriet "Medicinsk ändamålsenlighet – TPN; innehåll av nutrienter i TPN-sortimentet".

Baxter anser att utvärderingen skulle ha skett enligt de riktlinjer som framtagits av den Europeiska nutritionsföreningen (ESPEN) och att då Baxters produkt uppfyller nämnda riktlinjer har regionen felaktigt tilldelat Baxter poängavdrag, medan det vinnande anbudet som inte uppfyller samtliga riktlinjer borde tilldelats poängavdrag. Därtill menar Baxter att utvärderingen skett i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens, eftersom det av förfrågningsunderlaget inte framgått hur utvärderingen skulle komma att ske.

En upphandlande myndighet har en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. De utvärderingskriterier som används ska vara tydliga och fattbart formulerade där även deras inbördes vikt ska anges. Hur tydligt utvärderingskriterierna kan anges är dock beroende av föremålet för upphandlingen. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra någon egen utvärdering av anbuden utan endast att bedöma om utvärderingen skett i strid med LOU och vad som angivits i förfrågningsunderlaget.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 8
20345-10 E

Av förfrågningsunderlaget med bilagor kan sammanfattningsvis utläsas att poängsättning av aktuellt underkriterium kommer att baseras på innehåll av fett, aminosyra, energi, vitaminer och spårämne samt att sortimentet av trekammarpåsar ska kunna tillgodose *behovet* av *nutrierter* (kolhydrater, aminosyror och fett) *för alla patienter i regionen* i enlighet med *rådande kunskapsläge och riktlinjer*. I svar på fråga under anbudstiden har VGR klargjort att utvärderingen kommer att ske med hjälp av en särskild utvärderingsgrupp.

Mot bakgrund härav bör det ha stått klart för anbudsgivarna hur utvärderingen skulle komma att genomföras. Att utvärderingen görs efter behovet av *nutrierter* för alla patienter i regionen, vilket ska bedömas av en utvärderingsgrupp, kan i vart fall inte anses innebära, såsom Baxter anför, att utvärderingen enbart ska baseras på ESPEN:s gällande riktlinjer.

De förhållanden som regionens utvärderingsgrupp funnit utslagsgivande, dvs. energi- och aminosyrainnehållet, är kriterier för utvärdering som framgår av förfrågningsunderlaget och annat har inte framkommit än att utvärderingen härvid skett i enlighet med rådande kunskapsläge och riktlinjer. Upphandlingen kan därför inte med hänsyn härtill anses ha genomförts i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens.

Vad gäller att Fresenius inte borde tilldelats full poäng avseende kriteriet Sortimentbredd har inte annat framkommit än att utvärderingen har skett med beaktande av det behov som föreligger inom regionen och att de av Fresenius offererade produkterna uppfyller detta behov.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad Baxter anför inte utgör skäl för annan bedömning än att utvärderingskriterierna har formulerats i enlighet med LOU och att poängsättningen har skett i överensstäm-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 9
20345-10 E

melse med de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Skäl att förordna om ingripande enligt LOU föreligger därför inte, varför ansökan bör avslås.

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 vartill 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

- 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,
- det beslut som överklagas med uppgift
- om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
- de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
- den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
- 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 anlitat ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge 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