

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-01-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23227-09
Enhet 12

SÖKANDE

Novartis Sverige AB, 556053-3092

Ombud: Advokat Göran Eriksson
Advokatfirman Eriksson & Alderling HB
Box 2959
187 29 Täby

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud: Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

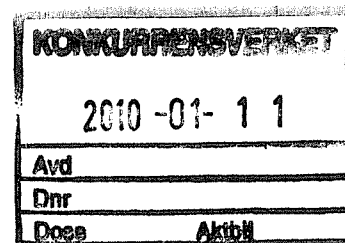
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Novartis Sverige AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas i den del som avser preparat med ATC-koderna M05BA03 och M05BA08 först sedan rättelse skett på så sätt att ny utvärdering görs varvid Hospira Nordic AB:s anbud inte ska beaktas.

Länsrättens interimistiska beslut den 16 november 2009 upphör att gälla i och med denna dom.



BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) har genomfört en öppen upphandling avseende successiva leveranser av läkemedel och läkemedelsnära produkter på rekvisition, efter avrop, till bl.a. SLL:s förvaltningar, bolag, stiftelser och entreprenörer. I tilldelningsbeslut den 3 november 2009 beslöt SLL att anta anbud från annan än Novartis Sverige AB (Novartis) i den del som avser preparat med ATC-koderna M05BA03 och M05BA08.

Länsrätten har den 16 november 2009 beslutat att SLL tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Novartis ansöker hos länsrätten om överprövning och yrkar att länsrätten vid sin slutliga prövning ska besluta att upphandlingen ska göras om alternativt beslutar att rättelse ska ske på så sätt att Novartis anbud avseende Zometa (ATC-kod M05BA08) antas.

Som grund för sin ansökan anför Novartis i huvudsak följande. Ett skalkrav i förevarande upphandling var enligt punkt 1.10 i anbudsförfrågan att anbud ska vara bindande t.o.m. den 31 mars 2010. I Hospira Nordic AB:s (Hospira) anbud har inte angivits att anbudet är giltigt till nämnda datum. SLL har därmed felaktigt tillämpat de i förfrågningsunderlaget angivna grunderna i denna del genom att inte redan här utesluta Hospira.

Novartis menar vidare att de kvalifikationskrav som SLL initialt uppställt för att pröva anbuden i sak är i grunden felaktiga. SLL har därigenom brutit mot LOU eftersom läkemedlens ändamålsenlighet endast i ringa omfattning har någon betydelse för att kvalificera ett anbud. SLL har som kriterier för sin anbudsprövning i steg två angivit lägsta pris eller, som gällde för

den grupp läkemedel som nu är ifråga i detta mål, det mest ekonomiskt mest fördelaktiga med hjälp av viktning. En upphandling av läkemedel måste – vilket skett i tidigare upphandlingar – ske med utgångspunkt av de olika preparatens ändamålsenlighet. SLL:s upphandling kan därför inte anses som affärsmässig och är diskriminerande mot företag som Novartis.

SLL bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Av punkten 1.10 i anbudsfrågan framgår att anbudet ska vara giltigt t.o.m. den 31 mars 2010. Hospira har i sitt anbud inte på något vis reserverat sig från denna ovillkorliga förutsättning. Däremot har Hospira av förbiseende i anbudsformuläret inte kryssat i vare sig rutan ja eller nej på frågan om anbudets giltighetstid. Utifrån allmänna avtalsrättsliga principer har Hospira redan genom att inge ett reservationslöst anbud godtagit SLL:s ovillkorliga förutsättning att anbudet ska vara giltigt t.o.m. den 31 mars 2010. SLL har således inte haft någon skyldighet att förkasta anbudet. I andra hand görs gällande att det varit förenligt med LOU att låta Hospira komplettera eller förtydliga sitt anbud alternativt rätta en uppenbar felskrivning. SLL har sedan ansökan om överprövning begärt ett ”förtydligade/komplettering/rättelse” av Hospiras anbud. Av Hospiras ”förtydligande/komplettering/rättelse” framgår att anbudet är giltigt t.o.m. den 31 mars 2010.

Vidare bestrider SLL uppgiften att SLL enbart tagit hänsyn till offererat pris och inte produkternas ändamålsenlighet. Upphandlingen omfattar endast för försäljning godkända läkemedel. Huruvida det upphandlade läkemedlet är ändamålsenligt för en viss specifik patient avgör den behandlande läkaren. Om det upphandlade läkemedlet är ändamålsenligt ska det avropas. I utvärderingen har SLL – trots grundkraven på godkännande – valt att inte endast värdesätta pris utan även bl.a. ändamålsenligheten, d.v.s. mervärden i förhållande till grundkravet på godkännande. Mervärdet har viktats mot pris. Sammanfattningsvis kan SLL inte se att den valda model-

len med grundkrav på Läkemedelsverkets godkännande och utvärdering av mervärden i form av bl.a. ändamålsenlighet skulle stå i strid med LOU, särskilt i skenet av den behandlande läkarens ansvar i mötet med patient.

Novartis anför i förnyat yttrande bl.a. följande. E-postmeddelandet om att Hospiras anbud är giltigt t.o.m. den 31 mars 2010 är daterat den 16 november 2009, d.v.s. efter att anbudstiden löpt ut och efter att SLL meddelat sitt tilldelningsbeslut. Anbudet var således inte komplett vid SLL:s anbudsprövning. Att låta Hospira i efterhand komplettera sitt anbud strider mot LOU.

Novartis anför även att SLL har använt en utvärderingsmodell som missgynnar företag som Novartis och innebär en påtaglig konkurrensbegränsning. Novartis deltar i upphandlingen med s.k. originalläkemedel som alltså är skyddade mot kopiering. Sedan detta skydd upphört påbörjas en omfattande produktion av andra läkemedelsproducenter s.k. generika. Dessa kopierande företag har inte någon kostnad för att utveckla läkemedlet. SLL har inte motiverat vald viktningmodell, d.v.s. varför ändamålsenligheten har viktats såsom skett och varför priset på läkemedlen tillmätts en sådan avgörande roll. SLL brister i detta fall i öppenhet och förutsebarhet. Viktningsmodellen medför även att Novartis är direkt uteslutna varför den är diskriminerande.

Vidare ifrågasätts varför SLL slagit ihop de två ATC-grupperna M05BA03 och M05BA08. Då Zometa är det enda läkemedlet i den sistnämnda gruppen utradar SLL konkurrensen genom att sammanföra de olika ATC-grupperna. SLL är självfallet medvetna om vilka priser som gäller för de nu konkurrerande läkemedlen, d.v.s. att Hospira som erbjuder ett kopierat läkemedel självfallet kommer att vara billigare, men knappast likvärdigt. Zometa är det läkemedel som har den vidaste indikationen inom cancerområdet.

SLL genmäler bl.a. följande. Hospiras anbud uppfyller kravet på anbudets giltighetstid. Hospira har lämnat sitt anbud utan att reservera sig mot punkten 1.10 i anbudsförfrågan. Orsaken till att SLL begärt in ett förtydligande har endast varit för det fall länsrätten skulle finna att grundanbudet inte uppfyllt kravet avseende anbudets giltighetstid. I aktuell upphandling har konkurrensen inte snedvridits. SLL har upphandlat läkemedel. Som ovillkorligt krav har i förfrågningsunderlaget uppställts krav på att läkemedlen ska vara godkända av behöriga organ. Vid val av tilldelningskriterier har SLL möjlighet att välja modellen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det står SLL helt fritt att välja bland dessa två modeller. SLL har valt att i viss uträkning premiera läkemedlets medicinska och farmaceutiska ändamålsenlighet i form av mervärden. Mervärdet har gjorts utifrån en prispåslagsmodell. I viktningsmodellen har angivits hur poängsättningen kommer att ske och vad som krävs för att uppnå viss poäng. Vidare anges att pålägg kommer att göras på priset för icke uppfyllda kvalitetspoäng. Modellen är tydlig och förutsebar. Novartis argumentation härom om brister i öppenhet och förutsebarhet bestrids därmed.

Novartis har vidare – först efter tilldelningsbeslutet – ifrågasatt att SLL fört samman två stycken ATC-koder. Skälet för sammanläggningen är att SLL:s sakkunniga bedömt att det inte föreligger någon skillnad av betydelse mellan dessa ATC-koder (substanser). Emellertid krävs olika doser av det ena respektive det andra preparatet för att uppnå samma effekt. Detta har SLL beaktat i kravspecifikationen genom att under punkten 2.8 ange att anbudspriserna ska beräknas utifrån att 4 mg Zoledronsyra (ingår i Novartis offererade läkemedel) motsvaras av 90 mg Pamidronsyra. Påståendet att Novartis har den vidaste indikationen har beaktats i poängsättningen.

Novartis anför bl.a. följande. Ett anbud enligt LOU förutsätter att anbudsgivaren lämnar besked på alla de frågor som den upphandlande enheten

ställt. Ett uteblivet svar är inget svar. Det kan knappast vara förenligt med gällande lagstiftning och praxis att den upphandlande enheten, då svar saknas på viss punkt i ett anbud, har friheten att tolka anbudet på det sätt som SLL hävdar sig ha. Det kan vidare inte vara tillåtet att begära komplettering från anbudsgivaren, efter att tilldelningsbeslut meddelats, för att rättfärdiga en felaktig utvärdering av Hospiras anbud. Det som Novartis reagerat på i denna upphandling är att kriterierna, d.v.s. förhållandet mellan pris och medicinsk ändamålsenlighet, inte har redovisats av SLL i anbudsförfrågan. Viktningsmodellen har förvisso redogjorts för men SLL har inte på något sätt motiverat varför priset väger tyngst i förhållande till medicinsk ändamålsenlighet.

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.

I 9 kap. 8 § LOU stadgas att en upphandlande enhet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Myndigheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att 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 nämnda paragraf.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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.

Omständigheter

I Stockholms läns landstings anbudsfrågan daterad den 16 november 2009 anges under punkten 1.16 ”Anbudsprövning” att denna kommer att ske i två steg:

1. Prövning av obligatoriska skallkrav på efterfrågade varor enligt kravspecifiaktionen och dess bilagor.

De anbudsgivare som uppfyller samtliga skallkrav går vidare till steg 2, utvärdering av anbudet.

2. Utvärdering sker enligt nedan angivna utvärderingskriterier:

Utvärderingskriterier

Lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga med hjälp av viktning. Till de positioner som utvärderas med viktning finns viktningsmallar bifogade. I bilaga 1.1 ”Specifikation av läkemedel” anges vilka positioner som utvärderas med viktning eller lägsta pris.

I Stockholms läns landstings ”Svarsblankett – Anbudsfrågan – bilaga 1.2 SLL450, Läkemedel på rekvisition 2010” anges under punkten 1.10 ”Anbudets giltighetstid” att anbudet är bindande t.o.m. den 31 mars 2010. Frågan ska besvaras med ett ja eller nej huruvida kravet är uppfyllt

Länsrättens bedömning

Rättens prövning avser upphandlingen ifråga om ATC-koderna M05BA03 och M05BA08.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Lika-behandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Ifråga om *utvärderingskriterier och utvärderingsmodell* görs följande överväganden.

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav och utvärderingsmodell ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar i ett förfrågningsunderlag.

En upphandlande myndighet kan som utvärderingskriterium tillämpa antingen:

1. det anbud som är det mest ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten,
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Grunden för tilldelning ska uppges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Det är den upphandlande myndigheten som ska bedöma vilken grund som är bäst lämpad för den aktuella upphandlingen. Det finns således ingen skyldighet för upphandlande myndighet enligt LOU och de gemenskapsrättsliga principerna att motivera varför man valt ett visst utvärderingskriterium.

Av handlingarna i målet framgår att SLL valt utvärderingskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende ATC-koderna M05BA03 och M05BA08. Utvärderingsmodellen har presenterats i bilaga till förfrågningsunderlaget. Av denna framgår att utvärderingen sker med tillämpning av s.k. jämförelsetal. Brister som en anbudsgivare uppvisar på icke priskriterier i förhållande till maximal kvalitetspoäng omvandlas till ett påslag på priset. Priset plus påslag utgör anbudets jämförelsetal. Länsrätten finner med hänsyn härtill och då förfrågningsunderlaget innehåller en tydlig information om hur sammanvägningen mellan totalpris och kvalitet ska göras att det inte föreligger förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU mot upphandlingen på denna grund.

Ifråga om det aktuella *skallkravet* gör rätten följande överväganden.

Novartis har bl.a. anfört att Hospira inte uppfyllt skallkravet 1.10 i upphandlingens förfrågningsunderlag. Länsrätten konstaterar att det är i förfrågningsunderlaget som ramen och förutsättningarna för en upphandling fastställs. De skallkrav som uppställs i förfrågningsunderlaget innehåller kvalificeringskrav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska utvärderas. Anbud som inte uppfyller skallkraven ska förkastas. Den upphandlande myndigheten måste med andra ord hålla sig till de förutsättningar som den själv fastställt i förfrågningsunderlaget.

Som anges i punkt 1.10 i förfrågningsunderlaget finns för upphandlingen ett skallkrav beträffande anbudets giltighetstid. Av handlingarna i målet framgår att Hospiras ursprungliga anbud inte uppfyller ifrågavarande skallkrav då frågan inte är besvarad. SLL har i målet framlagt e-postmeddelande, daterat efter anbudstidens utgång och efter att tilldelningsbeslut fattats, mellan SLL och Hospira beträffande uppfyllelse av skallkravet.

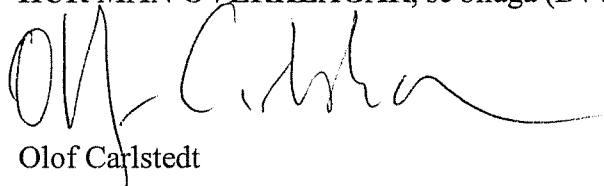
Enligt länsrättens mening har det inte utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning varit möjligt för den upphandlande enheten att enligt bestämmelserna i 9 kap. 8 § LOU läka bristen i Hospiras anbud genom att i efterhand tillåta Hospira ändra tidigare lämnade uppgifter. Genom att anta anbud som inte har uppfyllt ifrågavarande skallkrav har SLL handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Novartis får antas ha därigenom lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU finns därmed.

Slutligen görs följande överväganden ifråga om vilken *åtgärd* som länsrätten ska välja.

En ansökan om överprövning av en upphandling kan bifallas på så sätt att länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse i ett visst avseende vidtagits. Vid valet är länsrätten inte bunden av sökandens yrkanden utan det är domstolen som bestämmer om upphandlingen ska göras om eller rättas. Den aktuella bristen är hänförlig till anbudsutvärderingen. Därmed är det enligt länsrättens mening mest lämpligt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits såtillvida att en ny utvärdering av anbuderna ska ske utan beaktande av Hospiras anbud avseende ATC-koderna M05BA03 och M05BA08.

Länsrättens interimistiska beslut från den 16 juni 2009 ska i och med detta upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a).



Olof Carlstedt

rådman

Föredragande har varit Magnus Johansson.





HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

