

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-01-30
Meddelad i Stockholm

Mål nr
27082-07
Rotel 225

SÖKANDE

Amgen AB, 556510-4212
Box 706
169 27 Solna

KONKURRENSVERKET	
2008 -01- 31.	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Amgen AB:s talan på så sätt att Stockholms läns landstings upphandling benämnd ”SLL 450 Läkemedel på rekvisition 2008”, till den del som upphandlingen avser inköp av substanser inom området ”Medicinska njursjukdomar - ATC-kod B03XA01 + 02 Erythropietin + Darbe-poetin alfa” skall göras om.

Dok.Id 297122

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) har bjudit in leverantörer till upphandling av läkemedel – såvitt nu är av intresse – avseende substanser inom område medicinska njursjukdomar, ATC-kod B03XA01 + 02 Erythropietin + Darbepoetin alfa, för perioden den 1 januari – den 31 december 2008 med möjlighet till förlängning upp till 24 månader. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt 2 kap. LOU.

I ett tilldelningsbeslut den 4 december 2007 beslutade SLL att anta anbud av Janssen-Cilag AB för upphandlingen av läkemedel med substanser inom området medicinska njursjukdomar.

YRKANDEN M.M.

Amgen AB (Bolaget) har vid länsrätten ansökt om överprövning av aktuell upphandling och yrkat att upphandlingen, till den del den avser inköp av substanser inom området medicinska njursjukdomar, skall göras om alternativt rättas. Till stöd för sin talan har Bolaget anfört i huvudsak följande. SLL har i annonsen som publicerats i Europeiska Unionens officiella tidning och i förfrågningsunderlaget för aktuell upphandling angivit att det anbud skall antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av bilaga 2 till tilldelningsbeslutet benämnt Utvärderingsprotokoll framgår emellertid att SLL endast beaktat att det vinnande anbudet i förhållande till övriga anbud erbjudit ”Lägst pris”. Detta utvärderingsförfarande är missvisande för de leverantörer som övervägt att inge och som ingett anbud i upphandlingen. Bolaget har utformat sitt anbud utifrån att SLL vid utvärderingen skulle ha beaktat andra faktorer än erbjudet pris. Eftersom SLL inte genomfört upphandlingen i enlighet med vad som angivits i annonsen och förfrågningsunderlaget har SLL överträtt transparensprincipen som följer av 1 kap. 4 § LOU. Upphandlingen skall därför redan på denna grund göras om. Annon-

sen och förfrågningsunderlaget anger inte på ett tydligt sätt hur utvärderingen skall gå till och detta innebär att upphandlingen inte uppfyller kravet på förutsebarhet som ställs upp i LOU. Eftersom förfrågningsunderlaget är vagt i sin beskrivning hur utvärderingen av de fem patientgrupperna skall ske, medför detta ett utrymme för skönnessiga bedömningar som strider mot kravet på likabehandling i LOU. Det föreligger därför grund för att göra om upphandlingen även av detta skäl. Om länsrätten skulle finna att utvärderingen varit förenlig med kraven på transparens, likabehandling och förutsebarhet anser Bolaget att utvärderingen inte har skett på ett korrekt sätt eftersom behandlingskostnaden för Bolagets läkemedel är mer kostnadseffektivt än de två andra produkterna. Upphandlingen skall därför rättas på så sätt att Bolaget skall tilldelas uppdraget som leverantör av aktuellt upphandlingsobjekt. Bolaget har slutligen anfört att Bolaget lider skada till följd av SLL:s agerande under upphandlingsförfarandet. Bolaget hade utformat sitt anbud på ett annat sätt om det hade haft kännedom om hur utvärderingen faktiskt skulle ha gått till.

Bolaget har till styrkande av sin inställning åberopat förfrågningsunderlaget och annonsen för aktuell upphandling. Bolaget har också åberopat ett svar från SLL till anbudsgivarna den 17 augusti 2007, vari SLL uppgett att utvärderingen baseras på en kostnadsjämförelse utifrån lägst pris. Bolaget har därutöver åberopat bilaga 2 till tilldelningsbeslutet benämnt Utvärderingsprotokoll, vari uppges att Janssen-Cilag AB:s anbud har antagits med motiveringen "Lägst pris". Bolaget har slutligen åberopat SLL:s beskrivning av den faktiska utvärderingen utifrån bilaga 1 till tilldelningsbeslutet som avser en beräkning av behandlingskostnad för de tre anbud som kommit in till SLL.

SLL har yrkat att Bolagets yrkanden skall avslås eftersom upphandlingen genomförs i enlighet med LOU:s krav. SLL har anfört i huvudsak följande.

SLL har vidgått att formuleringen i tilldelningsbeslutet är oklar. Det skulle i tilldelningsbeslutets motivering i stället för ”Lägst pris” ha angetts ”Lägst behandlingskostnad”. De kriterier som SLL utgått ifrån i utvärderingen är emellertid de som anges i förfrågningsunderlaget. SLL har i utvärderingen utgått ifrån en konverteringsfaktor för underhållsbehandlingen (200) styrkt av Fass (SPC) och registerdata från Svensk Dialysdatabas. SLL bestrider därför vad som anförts av Bolaget om den faktiska utvärderingen.

Bolaget har vidhållit sin ansökan och därutöver anfört i huvudsak följande. I sitt yttrande synes SLL vidhålla att skälet för att tilldela Janssen-Cilag AB upphandlingsobjektet var att det bolaget erbjöd lägst pris, även om SLL numera anser att orden lägst pris skall bytas ut mot lägst behandlingskostnad. Det skäl som anges i tilldelningsbeslutet till stöd för valet av Janssen-Cilag AB som leverantör, dvs. lägst pris, får därför enligt Bolagets mening anses motsvara den faktiska utvärdering som skett. Även om skälet i tilldelningsbeslutet skulle ändras till lägst behandlingskostnad, innebär inte detta förhållande att SLL:s utvärdering är något annat än en ren prisutvärdering. Av handlingarna i målet framgår att SLL endast beaktat anbudsgivarnas offererade pris per produkt inklusive rabatt, varvid viktenheten för Bolagets produkt Aranesp konverterats för att kunna jämföras med de konkurrerande produkterna Eprex och NeoRecormon. Det pris som anbudsgivarna erbjudit per produkt är vid en sådan utvärdering att likställa med den behandlingskostnad som uppkommer för SLL, dvs. behandlingskostnaden är densamma som erbjudet pris. Att SLL i strid med förfrågningsunderlaget gjort en ren prisutvärdering som nu beskrivits styrks också av att SLL för anbudsgivarna under upphandlingsprocessen uppgivit att utvärderingen baseras på en kostnadsjämförelse utifrån lägst pris. Det framgår således direkt av tilldelningsbeslutet som SLL:s svar på frågor under upphandlingsprocessen att SLL, i strid med angiven utvärderingsform i annonsen och förfrågningsunderlaget, endast utvärderat lägst pris. SLL har inte heller förmått visa att en utvärdering av några andra faktorer förutom pris har skett. SLL har inte

heller förmått visa att utvärderingen skett i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. SLL har i sitt yttrande angett att den tillämpat en viss konverteringsfaktor vid prisutvärderingen av Aranesp. Denna utvärderingsmodell har inte tydliggjorts i förfrågningsunderlaget och utvärderingen står därför i strid med transpararensprincipen. SLL måste vid beräkningen av behandlingskostnaden beakta den totala kostnad som SLL får vid användning av aktuellt läkemedel.

SLL har utöver vad SLL anfört tidigare svarat i huvudsak följande. Det olyckliga ordvalet som använts i tilldelningsbeslutet innebär inte att utvärderingen skett i strid med förfrågningsunderlaget och det däri angivna utvärderingskriteriet. Av bilaga 1 till tilldelningsbeslutet, Beräkning av behandlingskostnad, för de tre inkomna anbuden framgår i den första kolumnen som anger "styrka" anbudsgivarnas offererade sortiment för att tillgodose patienternas variation i dosbehov. Utifrån dosering och doseringsintervall har respektive anbudsgivares behandlingskostnad räknats fram. Behandlingskostnaden framgår av kolumnen för "Anbudspris". Som framgår av beräkningen har Eprex lägst behandlingskostnad och Aranesp högst behandlingskostnad. Det är således klarlagt att utvärderingen har gjorts i enlighet med det i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriteriet. SLL bestrider att begreppen "lägst pris och lägst behandlingskostnad" skulle utgöra samma sak på så sätt som Bolaget har påstått. En felskrivning kan inte få en sådan långtgående innebörd som Bolaget gör gällande. Det skall beaktas att en anbudsgivare har möjligheter att rätta felskrivningar. En upphandlande enhet har också möjligheter att göra om prövning och rättelser av tilldelningsbeslut. Utvärderingskriteriet har angetts på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget. Det har varit känt för anbudsgivarna hur utvärderingen skulle ske. Det uppställda utvärderingskriteriet är förenligt med LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. I beräkningen av behandlingspriset har hänsyn tagits till omräkningsfaktorn. Denna är enligt SPC:n (läkemedlets av myndighet fastställda produktmonografi) 1:200 för

Bolagets läkemedel Aranesp. Enligt gällande praxis på läkemedelsområdet skall pris- och kostnadsjämförelser göras utifrån SPC:n, vilket styrks av ett beslut av Läkemedelsindustrins informationsgranskningsman (IGM) den 16 december 2007. SLL anser för övrigt att Bolaget inte lider skada.

Bolaget har vidhållit sin inställning i målet och slutligen svarat i huvudsak följande. SLL har vid åtminstone tre tillfällen under upphandlingsprocessen gett uttryck för att det är utvärderingsmodellen lägst pris som tillämpats. Det framgår av SLL:s svar till anbudsgivarna den 17 augusti 2007 samt av SLL:s utvärderingsprotokoll och tilldelningsbeslut. Bolaget har uppfattat den omständigheten att SLL inte svarat på att Bolaget framhållit att det under utvärderingen inte framgår hur SLL beaktat de fem patientgrupper som särskilt skall utvärderas, att SLL i strid med förfrågningsunderlaget underlåtit att särskilt beakta dessa patientgrupper. SLL har inte beskrivit i förfrågningsunderlaget att konverteringsfaktorn för Bolagets läkemedel skulle användas vid prisutvärderingen. Det bör uppmärksammas att det av IGM:s beslut framgår att använd konverteringsfaktor om 1:200 endast är avsedd att användas när en patient byter läkemedel från Eprex eller NeoRecormon till Aranesp. Konverteringsfaktorn skall överhuvudtaget inte ligga till grund för en beräkning av behovet av nämnda läkemedel i den efterföljande underhållsfasen sedan nödvändig konvertering skett. SLL:s tillämpade prisberäkningsmodell bygger på felaktiga förutsättningar. Bolaget har lidit skada till följd av de felaktigheter som begåtts.

DOMSKÄL

Länsrättens bedömning

Bolaget har yrkat att aktuell del av upphandlingen skall göras om eftersom den faktiska utvärderingen inte har skett i överensstämmelse med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Bolaget har också yrkat att upphandlingen skall göras om eftersom den utvärderingsmodell som angetts i förfrågningsunderlaget är otydlig. Bolaget har anfört att dessa bister i upphandlingen strider mot principerna om transparens och likabehandling. Bolaget har därutöver yrkat, för det fall länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget inte har sådana brister som angetts ovan, att upphandlingen skall rättas eftersom utvärderingen inte skett på korrekt sätt.

Länsrätten prövar först frågan om SLL:s faktiska utvärderingsförfarande skett i överensstämmelse med den i förfrågningsunderlaget och annonsen angivna prövningsgrunden av anbud.

I annonsen i Europeiska Unionens officiella tidning och i punkten 1.16.1 i förfrågningsunderlaget för aktuell upphandling anges att det anbud som kommer att antas i upphandlingen är det för landstinget mest fördelaktiga i enlighet med en angiven utvärderingsmodell beträffande substanser inom området medicinska njursjukdomar. Utvärderingsmodellen för aktuella substanser skall enligt förfrågningsunderlaget utföras enligt följande. Utvärderingen sker utifrån ett scenario där fem olika patientgruppers läkemedelsbehov ligger till grund för kostnadsjämförelse. Antalet patienter som har behov av tillförsel av EPO-produkter är baserat på historiska data. Utvärderingen sker utifrån offererat sortiment där skillnader i dosering och dose-

ringsintervall kommer att vägas in i behandlingskostnaden. Anbud med lägst behandlingskostnad antas.

I målet är ostridigt att det i förfrågningsunderlaget angivits att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt skall antas med hänsyn till den utvärderingsmodell som också angetts. Vid tillämpningen av aktuell prövningsgrund av anbud framgår av lagtexten i 1 kap. 22 § första stycket 1 LOU att hänsyn inte enbart skall tas till lägsta anbudspris på sätt som anges i samma paragrafs punkt 2. Länsrätten konstaterar att det av utvärderingsprotokollet för upphandlingen uppgetts att Janssen-Cilag AB har tilldelats kontraktsföremålet med motiveringen ”Lägst pris”. SLL har i skriftväxlingen vid länsrätten vidgått att denna formulering är oklar och att avsikten egentligen varit att det skulle ha angetts lägst behandlingskostnad som motivering. Oavsett om motiveringen ändras till lägst behandlingskostnad konstaterar länsrätten att det i bilaga 1 till tilldelningsbeslutet, som redovisar beräkningen av behandlingskostnaden för de tre anbud som kom in till SLL och som SLL i yttrande till länsrätten gett sin beskrivning av, inte finns några andra omständigheter uppställda än priset för anbudsgivarnas offererade sortiment. Länsrätten finner därför att det inte framgår annat än SLL:s faktiska utvärdering endast har skett mot bakgrund av offererat pris och inte mot några andra omständigheter som kan belysa behandlingskostnaden för aktuella substanser. Eftersom SLL angett i annonsen och förfrågningsunderlaget att utvärderingen skall ske utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte utifrån pris har anbudsgivare, som Bolaget, lämnat anbud utifrån den prövningsgrunden. Även om SLL anser sig ha följt det i förfrågningsunderlaget angivna tillvägagångssättet, har SLL inte fått in anbud som kan avgöras utifrån den ekonomiskt mest fördelaktiga behandlingskostanden. SLL:s upphandling har därigenom brustit mot det krav på affärsmässighet som ställs upp i LOU. Bolaget har till följd av denna brist i förfarandet lidit skada. Det finns därför grund för länsrätten att ingripa mot upphandlingen med stöd av 7 kap. 2 § LOU. Eftersom bristen hänför sig till förfrågnings-

underlagets utformning skall upphandlingen göras om beträffande nu aktuell del.

Med hänsyn till länsrättens ställningstagande i denna del saknas anledning att pröva övriga grunder som Bolaget åberopat i sin ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLÄGAR, se bilaga (DV 3109/1A)



Thomas Norling

Rådman

Föredragande har varit Michaela Ribbing.

