



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 14

**DOM**  
2014-02-04  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
26183-13

**SÖKANDE**

Abcur AB, 556701-3957  
Bergaliden 11  
252 23 Helsingborg

**MOTPART**

Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud: Advokat Olof Larsberger och jur.kand. Anton Johansson  
Box 7801  
103 96 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Abcur AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 441270

---

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

### YRKANDEN M.M.

**Stockholms läns landsting (SLL)** har genomfört en upphandling benämnd ”Läkemedel på rekvisition 2014, SLL 450”. Upphandlingen avser ramavtal för tiden den 1 januari – 31 december 2014, med rätt till förlängning i högst två år, för successiva leveranser av läkemedel och läkemedelsnära produkter på rekvisition, efter avrop, till bl.a. Stockholms läns landstings förvaltningar, bolag och stiftelser. Upphandlingen omfattar ett flertal positioner, som avser olika läkemedel uppdelade utifrån så kallade ATC-koder. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

I **tilldelningsbeslut den 21 oktober 2013** beslutade SLL att utse leverantörer för de olika positionerna.

**Abcur AB (Abcur)** har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om såvitt avser positionerna N02AA01 Morfin och A12CA01 Natriumklorid. Till stöd för sin talan anför Abcur sammanfattningsvis bl.a. följande.

### Upphandlingen av morfin

Utformningen och tillämpningen av utvärderingskriterierna strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Uppställda utvärderingskriterier har varit oproportionerliga och saknat relevans. Utformningen och tillämpningen av dessa har vidare brustit i öppenhet och transparens och strider mot likabehandlingsprincipen och man har särbehandlat en viss leverantör, Meda AB (Meda), genom att skapa snedvridna konkurrensförhållanden. Utvärderingskriterierna avseende sortimentsbredd, innerförpackning och hållbarhet är därför otillåtna.

*Sortimentsbredd m.m.*

SLL har övervärderat kriteriet sortimentsbredd, eftersom SLL tidigare bara har köpt in ett mindre antal förpackningar av förpackningsstorleken 10 x 10 ml. För närvarande är det endast en leverantör, Meda, som erbjuder förpackningsstorleken 10 x 10 ml. Anbudsgivare som saknar en förpackningsstorlek får ett prispåslag. Om en efterfrågad förpackningstyp saknas kommer anbudsgivaren att drabbas dubbelt enligt den tillämpade utvärderingsmodellen, dels genom att jämförelsepriset påverkas, dels genom att anbudspriset beräknas genom det fiktiva påslaget. Påslagen överstiger påtagligt den kostnad som SLL har för att köpa in den större förpackningsstorleken och går således utöver vad som är nödvändigt.

SLL har skapat sig en fri provningsrätt. Brister i sortimentsbredd kan läggas anbudsgivare till last vid fem olika tillfällen och förväxlingsrisken utvärderas under tre olika utvärderingskriterier. Utvärderingsmodellen har möjliggjort en strategisk prissättning från den enda leverantör, som kunnat offerera båda förpackningsstorlekarna.

SLL borde ha upphandlat de olika förpackningsstorlekarna separat eller tagit bort utvärderingskriteriet sortimentsbredd. Det är en fördel om olika förpackningsstorlekar levereras av olika tillverkare, eftersom det minskar förväxlingsrisken. De olika förpackningsstorlekarna har tydligt avskilda användningsområden och förekommer sällan samtidigt. SLL:s val att upphandla de olika förpackningsstorlekarna under samma position strider mot proportionalitetsprincipen. Även om förebyggande av förväxlingsrisk är ett legitimt intresse, kan det ifrågasättas om kriteriet är lämpligt och effektivt för att uppnå det syftet. Avgörande för förväxlingsrisken är utformningen av de olika läkemedlens förpackningar och inte från vilken leverantör de kommer. Det har funnits andra mindre ingripande alternativ än en samlad

upphandling av olika förpackningsstorlekar, som på ett bättre sätt skulle ha tjänat syftet.

*Innerförpackningens ändamålsenlighet*

Enligt kriteriet ska innerförpackningens ändamålsenlighet utvärderas. Det innebär förpackningens lämplighet vid vårdgivning med beaktande av bl.a. förväxlingsrisken. Huruvida en ampull är färgad eller inte är av ytterst begränsad betydelse. Abcurs ampull är genomskinlig – om än färgad – varför det är fullt möjligt att okulärbesiktiga ampullen och dess innehåll. Färgtonen på ampullen innebär dessutom en fördel, eftersom detta medför att Abcurs morfin inte är ljuskänsligt. Ljuskänslighet är en faktor av objektiv betydelse och det är ologiskt att inte beakta den. En färgad ampull borde minska förväxlingsrisken. Kriteriet gällande ampullens färg strider mot proportionalitetsprincipen. Det är godtyckligt och ineffektivt samt uppnår inte det eftersträvade syftet.

Abcur ifrågasätter vidare vilket mervärde SLL kan vänta sig av streckkodsmärkning och om sådana streckkoder överhuvudtaget används. Förväxlingsrisken förebyggs endast om sådan kontroll faktiskt sker och är svårförståelig, eftersom morfin ska förvaras i ytterförpackningen. Kriteriet är alltså omotiverat och framstår som tillskapat för att ge en viss leverantör en konkurrensfördel. Kravet är oproportionerligt och strider mot likabehandlingsprincipen.

Medas offererade innerförpackning saknar varunummer. Trots att det i värderingsmallen anges att det ska beaktas om varunummer förekommer och att det i anbudsinbjudan anges att innerförpackningar bör vara försedda med varunummer, har SLL inte beaktat detta vid utvärderingen av Medas anbud, utan anbudet har tilldelats högsta poäng.

Abcur har sålunda fått avdrag för avsaknad av streckkodsmärkning samtidigt som Meda inte har fått poängavdrag för avsaknad av varunummermärkning. Båda kraven var bör-krav. SLL har således behandlat lika fall olika.

#### *Hållbarhet*

För att uppfylla kvalitetsnivån ”mycket god hållbarhet” krävs enligt förfrågningsunderlaget att hållbarheten överstiger tre år. Kriteriet är irrelevant och gynnar en leverantör. Kriteriet medför begränsad nytta för SLL, eftersom morfin lagerhålls i begränsad omfattning. Abcurs offererade produkt har en hållbarhet på två år, vilket är tillräckligt i verksamheten. Kassation är inte ett reellt problem, inte ens vid mindre enheter. De mindre enheterna står dessutom för en begränsad del av inköpen. Utformningen av kriteriet har varit uppenbart olämplig och borde ha gjorts enligt en graderad skala. Kriteriet är omotiverat och strider mot proportionalitetsprincipen.

#### *Skillnader mellan offererade läkemedel*

SLL har inte beaktat att Läkemedelsverket har bedömt att Abcurs produkt inte är utbytbar mot Medas produkt. Medas produkt innehåller ett konserveringsmedel, som kan ge biverkningar. SLL har inte beaktat skillnaden, som är väsentlig, och har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen.

#### *Skada*

Den felaktiga utformningen och tillämpningen av utvärderingskriterierna har medfört att Abcur har fått en sämre utvärderingspoäng och ett högre jämförelsepris. SLL:s agerande har medfört att Meda, och inte Abcur, har tilldelats kontraktet.

### Upphandlingen av natriumklorid

#### *Krav i förfrågningsunderlaget*

Abcur gör i första hand gällande att kraven i punkten 3 i förfrågningsunderlaget innebär att endast godkända läkemedel har kunnat offereras för positionen natriumklorid. I punkten 8.4 i kravspecifikationen och i läkemedelsspecifikationen anges en uttömmande uppräkningslista av för vilka positioner licensläkemedel får offereras. Natriumklorid är inte en av dessa. SLL har sålunda angett de positioner för vilka licensläkemedel godtas och det får – i avsaknad av uttryckliga skrivningar om annat – anses rimligt att anta att SLL:s uppräkningslista av godtagbara licensläkemedel varit uttömmande. Uppgifterna för två positioner, där det i läkemedelsspecifikationen antecknats "endast registrerat läkemedel" och "licensläkemedel godtas ej", kan inte läggas till grund för motsatsvisa tolkningar av innebörden att licensläkemedel godtas för alla andra positioner. Abcur tolkade förfrågningsunderlaget ordagrant. Kraven förhindrade Abcur från att offerera sitt licensläkemedel för positionen.

Kravet på att endast godkända läkemedel kunnat offereras för positionen strider mot proportionalitetsprincipen. För närvarande saknas godkända läkemedel på den svenska marknaden. Det finns därför ingen anbudsgivare som kan uppfylla kraven. Enligt läkemedelslagstiftningen ska i en sådan situation i första hand licensläkemedel användas och i andra hand lagerberedningar. Skall-kravet tillsammans med övriga krav i förfrågningsunderlaget innebär sammanlagt ett omotiverat avsteg från läkemedelslagstiftningens krav. Genom att inte tillåta leverantörer att offerera licensläkemedel uppstår även diskriminerande och handelshindrande effekter i strid med principen om icke-diskriminering.

I andra hand gör Abcur gällande att förfrågningsunderlaget har brustit i transparens. Utformningen av skall-kravet i punkten 3 tillsammans med bestämmelsen i punkt 8.4 och texten i kravspecifikationen brister i tydlighet. Av principen om öppenhet följer att förfrågningsunderlaget ska vara tydligt och klart och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Om SLL intention var att anbudsgivare skulle kunna offerera licensläkemedel, inklusive lagerberedningar, borde SLL ha angett det uttryckligen i förfrågningsunderlaget.

#### *APL:s anbud*

APL:s offererade produkt under positionen är inte ett godkänt läkemedel och uppfyller således inte de obligatoriska kraven i punkten 3 i kravspecifikationen. Kraven i förfrågningsunderlaget innebär att varken licensläkemedel eller lagerberedningar kan godtas. APL:s offererade läkemedel är en lagerberedning, som inte försäljs med en rikslicens. En lagerberedning som endast är föremål för en ansökan om rikslicens kan inte anses utgöra ett licensläkemedel. Tillämpningen av kraven i förfrågningsunderlaget innebär ett brott mot likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen.

#### *Skada*

Förfrågningsunderlagets utformning innebär att det inte har varit tillåtet att offerera licensläkemedel för denna position. Abcur har således frångått möjligheten att offerera sitt licensläkemedel. I vart gör Abcur gällande att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt att det inte har framgått att licensläkemedel har kunnat offereras. Genom att anta APL:s anbud, trots att det inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget, har SLL stängt möjligheten för Abcur att sälja sitt licensläkemedel till SLL. Abcur har därför lidit skada.

SLL bestrider bifall till ansökan och anför sammanfattningsvis bl.a. följande.

### **Upphandlingen av morfin**

De i förfrågningsunderlaget uppställda utvärderingskriterierna står inte i strid med de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU. Abcur har inte lidit och riskerar inte heller att lida någon skada.

#### *Sortimentsbredd m.m.*

Vårdenheterna har behov av morfin i olika förpackningsstorlekar och efterfrågar bägge förpackningstyperna. Vårdenheterna ser det som en klar fördel om morfinförpackningar i båda storlekarna kommer från samma leverantör. Enligt vårdenheterna är förväxlingsrisken större om läkemedel kommer från olika leverantörer för varje förpackningsstorlek. Det föreligger sålunda en risk att morfinläkemedel kan förväxlas med andra typer av läkemedel och denna risk har SLL velat undvika genom en samlad upphandling. Anbud som endast offererar en förpackningsstorlek bedöms ha mindre bra sortimentsbredd än de som offererar båda storlekarna. Kriteriet har direkt koppling till föremålet för upphandlingen. Utvärderingsmodellen har varit klart och tydligt beskriven och den är inte konstruerad för att gynna en specifik leverantör. Den drabbar heller ingen dubbelt. Den återspeglar och är anpassad efter SLL:s behov men hindrar inte anbudsgivare från att endast offerera en typ av förpackning.

Abcur har en felaktig uppfattning om utvärderingsmodellens utformning. En leverantör som endast offererar en förpackningsstorlek har fått ett tillägg på anbudspriset motsvarande listpriset för den förpackningsstorlek, som leverantören inte offererar. Detta har gjorts i syfte att anbudspriset i anbud, som offererar båda förpackningsstorlekarna, ska kunna jämföras



med anbudspriset i ett anbud, som endast offererar en förpackningsstorlek, och för att spegla SLL:s faktiska kostnader. Anbudspriserna har därefter legat till grund för utvärderingen av hur väl offererade läkemedel uppfyller uppställda kriterier. De påslag som ett anbud har kunnat få i denna del är inte avsedda att motsvara SLL:s faktiska kostnader utan hänför sig till kvaliteten och egenskaperna hos offererade läkemedel. En eventuell brist i offererat läkemedel uttrycks genom ett monetärt påslag på anbudspriset, vilket slutligen renderar i ett jämförelsetal. Jämförelsetalet ger uttryck för hur väl läkemedlet uppfyller de krav som ställs på egenskaper och visar vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

#### *Innerförpackningens ändamålsenlighet*

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka krav och kriterier som ska ställas på föremålet för upphandlingen. SLL har ställt upp de olika egenskaper som bedöms som viktiga och som ska beaktas hos produkten. Kriterierna framgår klart och tydligt. Ljuskänslighet är inte av betydelse för SLL och det finns därför inget sådant kriterium. Förväxlingsrisk har däremot varit en viktig faktor, men inte ensam avgörande. Genomskinlig ampull anses bättre än färgad, eftersom det underlättar okulärbesiktning. Kriteriet grundar sig på erfarenheter från vårdenheterna. Det framgår av förfrågningsunderlaget varför genomskinlig ampull har ett mervärde. Streckkod innebär att läkemedlet kan avläsas maskinellt för att identifieras. Detta är en nödvändig egenskap. Kriteriet har uppställts för att minimera förväxlingsrisken och inte för att gynna en viss leverantör. Streckkoder kommer att användas i ökad utsträckning inom vården. I kravspecifikationens punkt 7 anges att innerförpackning bör vara försedd med varunummer och EAN-kod. Det är dock inte ett obligatoriskt krav.

SLL har bedömt de faktiska egenskaperna hos offererade läkemedel från både Abcur och Meda. Det som skiljer Abcurs innerförpackning från Me-

das – bortsett från avsaknad av streckkod på Abcurs innerförpackning och avsaknad av varunummer på Medas innerförpackning – är att Abcurs innerförpackning är färgad. Det har tydligt framgått av viktningssmallen att det anses vara bättre att en innerförpackning är genomskinlig än färgad. Denna brist i Abcurs offererade innerförpackning i förhållande till Medas har resulterat i att Abcurs anbud har erhållit en lägre poäng än Medas anbud. SLL har således inte överträtt likabehandlingsprincipen vid utvärderingen i denna del.

#### *Hållbarhet*

SLL har uppställt de krav på egenskaper som anses nödvändiga. Omsättningen och efterfrågan varierar mellan vårdenheterna. SLL bedömer att det är önskvärt med en hållbarhetstid på över tre år för att minska kassation. För mindre enheter med eget ansvar för beställning och lagerhållning är det viktigt med lång hållbarhetstid. Anbudsgivare med kortare hållbarhetstid har inte frångått möjligheten att vinna upphandlingen om övriga egenskaper har varit goda, eftersom det är fråga om ett utvärderingskriterium. Hållbarhetstid har avgjorts för varje enskild position. Kriteriet strider inte mot proportionalitetsprincipen.

#### *Skillnader mellan offererade läkemedel*

Det är den upphandlande myndigheten som ställer upp de krav som den anser är relevanta. SLL har inte uppställt något krav avseende förekomsten eller frånvaron av ett visst konserveringsmedel, eftersom risken i detta sammanhang har bedömts som mycket liten. Vad Abcur anför om att Abcurs och Medas produkter inte är utbytbara enligt Läkemedelsverket saknar relevans. SLL har således inte brutit mot likabehandlingsprincipen.

*Skada*

Utvärderingskriterierna är relevanta och har direkt koppling till föremålet. SLL har inte brutit mot de grundläggande principerna vid utvärderingen. Abcur har inte lidit eller riskerat att lida skada.

**Upphandlingen av natriumklorid**

*Krav i förfrågningsunderlaget*

Av punkten 3 i kravspecifikationen framgår att offererade läkemedel ska vara godkända för försäljning. Det framgår vidare att licensläkemedel är undantagna från detta krav. Möjligheten att offerera licensläkemedel har emellertid inte varit helt undantagslös. SLL har i specifikationen uttryckligen angivit att vissa läkemedel inte får offereras som licensläkemedel.

I punkten 8.4 i kravspecifikationen finns en lista över ett antal positioner som omfattas av en så kallad generell licens. Denna lista är en förteckning över möjliga licensläkemedel som anbudsgivare kan offerera. Listan är dock inte uttömmande. Det framgår inte någonstans i förfrågningsunderlaget att det skulle föreliga ett generellt förbud mot att offerera licensläkemedel eller lagerberedningar i upphandlingen. Det är beklagligt att Abcur har missuppfattat kravets utformning.

Kraven i denna del har inte i något avseende varit otydliga och deras utformning strider inte mot de grundläggande principerna. Det är den upphandlande myndighetens tolkning av förfrågningsunderlaget som ska gälla under förutsättning att förfrågningsunderlaget är klart och otvetydigt. För det fall förfrågningsunderlaget skulle anses vara behäftat med någon oklarhet – vilket SLL bestrider – får förfrågningsunderlagets utformning ändå

accepteras, eftersom det inte varit så otydligt att de grundläggande principerna har trätts för när.

#### *APL:s anbud*

Abcurs kritik mot APL:s anbud bygger på den felaktiga föreställningen att det inte varit tillåtet att offerera licensläkemedel i upphandlingen. APL:s offererade lagerberedning är sedan februari 2012 föremål för ansökan om beviljande av rikslicens hos Läkemedelsverket. Detta är tillräckligt för att APL ska kunna försälja lagerberedningen obegränsat. APL:s anbud uppfyller – trots avsaknad av beviljad rikslicens – samtliga krav i förfrågningsunderlaget. SLL har således inte handlat i strid med de grundläggande principerna, när APL:s anbud antogs.

#### *Skada*

Oaktat frågan om APL:s anbud uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, kan Abcurs ansökan inte vinna bifall. Att Abcur inte har lämnat något anbud beror på att Abcur missuppfattat förfrågningsunderlagets innehåll. I en sådan situation kan Abcur varken anses ha lidit skada eller riskera att lida skada.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

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.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte ankommer på domstolen att göra en ny utvärdering av anbudet eller att i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har anfört i målet finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är således som huvudregel den leverantör som har ansökt om överprövning som ska visa att upphandlingen har skett i strid mot LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

### **Upphandlingen av morfin**

Grunden för tilldelning av denna position var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten enligt 12 kap. 1 § LOU ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. I 12 kap. 2 § LOU anges att den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för upphandlingen har den emellertid stor frihet (jfr RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48). Det innebär att den upphandlande myndigheten i princip fritt kan välja kriterierna för utvärderingen och deras viktning samt hur utvärderingsmodellen ska vara utformad, dock under förutsättning att det sker i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De krav som myndigheten uppställer får emellertid inte strida mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

*Sortimentsbredd m.m.*

I bilaga 1.1 Specifikation för läkemedel anges avseende N02AA01 morfin att positionen avser injektionsvätska, lösning och förpackningsstorlek 10 mg/ml, ampull 10x1 ml och 10x10 ml. I viktningssmallen anges att 20 poäng ges vid ”mycket bra sortimentsbredd” och 10 poäng vid ”mindre bra sortimentsbredd”.

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Det strider dock inte mot likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten ställer upp krav som endast ett fåtal leverantörer har möjlighet att uppfylla, så länge kraven är sakligt motiverade av upphandlingsföremålet (jfr C-513/99 Concordia).

Den omständigheten att det endast är en leverantör som tillhandahåller förpackningsstorlekarna som SLL efterfrågar kan enligt förvaltningsrättens mening inte i sig anses medföra att den upphandlande myndigheten har brutit mot likabehandlingsprincipen. Det har inte framkommit annat än att utvärderingskriteriet sortimentsbredd är sakligt motiverat utifrån SLL:s behov och har uppställts i syfte att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förvaltningsrätten noterar även att kriteriet sortimentsbredd finns avseende ett flertal positioner i upphandlingen.

I punkten 1.17.2 i förfrågningsunderlaget Utvärdering enligt ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet anges hur utvärderingen genomförs. Det anges bl.a. att om en saknad förpackningstyp ersätts med en förpackning från en annan leverantör kommer den ersätta produktens nationella listpris/katalogpris (AIP) att läggas på anbudsgivarens pris. Det anges vidare att den förpackningstyp som används i jämförelsen i möjligaste mån ska vara den vid utvärderingstillfället billigaste på marknaden. I bilaga Beskrivning av utvärderingsmodell viktningsmall framgår även hur anbudsgivare kommer att tilldelas poängpåslag vid bedömningen av utvärderingskriterierna.

Förvaltningsrätten finner att det i förfrågningsunderlaget och därtill hörande handlingar tydligt anges hur anbudspriset beräknas om en förpackningstyp saknas i anbudet och hur jämförelsetalet beräknas med hjälp av poängpåslag. Den tillämpade utvärderingsmodellen kan inte, såsom Abcur gjort gällande, anses innebära att en anbudsgivare som endast offererar en förpackningsstorlek påförs dubbla påslag.

Abcur har också gjort gällande att det strider mot proportionalitetsprincipen att upphandla båda förpackningsstorlekarna i samma position. Bedömningen enligt proportionalitetsprincipen ska göras i tre steg. För det första ska prövas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska prövas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekt som kravet får på det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, är oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträvade syfte.

Mot bakgrund av att det behov av morfin i olika förpackningsstorlekar som föreligger inom SLL och det mervärde som ett anbud som offererar båda

storlekarna enligt SLL medför, bl.a. i form av minskad förväxlingsrisk, får en samlad upphandling av morfin i olika förpackningsstorlekar enligt förvaltningsrättens mening anses vara ett lämpligt och effektivt sätt att uppnå det av SLL eftersträvade syftet. Åtgärden att upphandla båda förpackningsstorlekarna i samma position får även anses nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och effekten som en samlad upphandling får kan inte anses vara oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det av SLL eftersträvade syftet.

Förvaltningsrätten finner således att kriteriet avseende sortimentsbredd inte strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

#### *Innerförpackningens ändamålsenlighet*

I viktningssmallen avseende positionen morfin anges följande avseende b. förpackningarnas ändamålsenlighet – innerförpackning. Utförande t.ex. genomskinlig eller färgad ampull, förekomst av varunummer och streckkodsmärkning, tydlig etikettering och text på ampull samt bedömning av förväxlingsrisk. Genomskinlig ampull anses bättre än färgad ampull.

Förvaltningsrätten finner att SLL i förfrågningsunderlaget och därtill hörande handlingar tydligt har redovisat vilka egenskaper som SLL tillmäter betydelse vid utvärderingen av kriteriet innerförpackningens ändamålsenlighet. De uppställda egenskaperna har enligt förvaltningsrätten en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Kriteriet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt (jfr RÅ 2010 ref 78). Utformningen av kriteriet strider således varken mot likabehandlingsprincipen eller mot proportionalitetsprincipen.

Abcur har också gjort gällande att SLL har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte beakta att Medas läkemedel saknar varunummer



och mot principen om öppenhet och transparens genom att frågå de egenskaper som uttryckligen efterfrågats.

Med beaktande av att Abcurs offererade läkemedel saknar flera av de efterfrågade egenskaperna än Medas offererade läkemedel och av denna anledning har tilldelats en lägre poäng, finner förvaltningsrätten att Abcur inte har visat att SLL i denna del har genomfört utvärderingen i strid med förfrågningsunderlaget och de grundläggande principerna.

#### *Hållbarhet*

Enligt SLL har kriteriet på hållbarhet uppställts i syfte att undvika kassation. Det har enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit annat än att utvärderingskriteriet är sakligt motiverat utifrån SLL:s behov och har uppställts i syfte att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förvaltningsrätten finner också att åtgärden förefaller lämplig, effektiv och t.o.m. nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, d.v.s. att undvika kassation. Den effekt som kriteriet får är inte oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträvade syfte.

#### *Sammanfattning*

Förvaltningsrätten finner att Abcur inte har visat att SLL har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen vid upphandlingen av position morfin.

#### **Upphandlingen av natriumklorid**

Förvaltningsrätten konstaterar att Abcur inte har lämnat något anbud i denna del av upphandlingen. Mot bakgrund av att Abcur är en potentiell leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada på grund av bland annat förfrågningsunderlagets utformning, finner förvaltningsrät-

ten att bolaget emellertid har talerätt enligt 16 kap. 4 § LOU (jfr Kammarrettens i Stockholm dom den 14 maj 2013 i mål 1299-13).

*Krav i förfrågningsunderlaget*

Abcur har i första hand gjort gällande skall-kravet i förfrågningsunderlaget innebär att endast godkända läkemedel får offereras för positionen natriumklorid. I andra hand har Abcur gjort gällande att förfrågningsunderlaget och därtill hörande handlingar har utformats i strid med transparensprincipen.

I punkten 3 i kravspecifikationen Myndighetskrav anges bl.a. följande. Läkemedel **ska**, senast 2013-09-01, vara godkända för försäljning i enlighet med bestämmelserna i Läkemedelslagen (1992:859) och uppfylla de krav och bestämmelser som gäller för godkända läkemedel i Sverige. Licensläkemedel undantas från ovanstående krav. I punkten 8 i kravspecifikationen återfinns Särskilda krav för vissa positioner. Punkten 8.4 har rubriken Licensläkemedel. I denna punkt uppräknas fyra ATC-positioner och vad som gäller för dessa substanser. I bilaga 1.1 Specifikation för läkemedel finns en kolumn för eventuell ytterligare information. Vid vissa positioner anges ”licensläkemedel godtas, se kravspecifikationen: 8.4 licensläkemedel”. Vid vissa positioner anges ”Endast registrerat läkemedel” och ”Licensläkemedel godtas ej”.

Förvaltningsrätten konstaterar att det avseende A12CA01 natriumklorid inte finns några sådana noteringar.

Av punkten 3 i kravspecifikationen framgår att licensläkemedel undantas från kravet på att läkemedel ska vara godkända för försäljning. Förvaltningsrätten finner följaktligen att det enligt förfrågningsunderlaget som huvudregel är tillåtet att offerera licensläkemedel i upphandlingen. Vad

som anges i punkten 8.4 och i läkemedelsspecifikationen medför i vart fall inte att licensläkemedel inte får offereras avseende positionen natriumklorid. Förfrågningsunderlaget har således inte uppställt något hinder mot att offerera licensläkemedel avseende denna position. Abcur har därmed inte visat fog för sin invändning om att det funnits ett skall-krav med innebörden att endast godkända läkemedel fick offereras i denna del av upphandlingen.

Beträffande Abcurs i andra hand framförda invändning om att förfrågningsunderlaget och därtill hörande handlingar brustit i transparens i fråga om möjligheten att offerera licensläkemedel konstaterar förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget uttryckligen framgår att licensläkemedel inte omfattades av kravet som gällde för läkemedel avseende godkännande. Enligt förvaltningsrätten får förfrågningsunderlaget anses ha varit tillräckligt klart och tydligt i denna del. Den omständigheten att Abcur likväl har missuppfattat innehållet i förfrågningsunderlaget ändrar inte denna bedömning och innebär inte att underlaget brister i transparens. Förvaltningsrätten noterar också att Abcur, om bolaget känt tvekan om vad som gällde för licensläkemedel, haft möjlighet att ställa en fråga härom till SLL (se punkten 1.10 i anbudsinvändningen).

Utformningen av förfrågningsunderlaget i denna del strider enligt förvaltningsrätten således inte mot transparensprincipen. Inte heller har det kommit fram att förfrågningsunderlaget skulle strida mot någon annan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Vid denna bedömning kan Abcur inte anses ha lidit eller riskera att lida någon skada som kan beaktas genom att inte delta i denna del av upphandlingen.

*APL:s anbud*

Eftersom Abcur inte har lämnat något anbud avseende positionen natriumklorid och därmed inte visat att bolaget lidit eller riskerar att lida skada till följd av SLL:s prövning av APL:s anbud, saknas skäl att på talan av Abcur pröva invändningarna gällande APL:s anbud. Vad Abcur anfört i denna del föranleder alltså inte några överväganden från förvaltningsrättens sida.

**Slutsats**

Abcur har således inte förmått visa att upphandlingen i aktuella delar har skett i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller att SLL annars brutit mot någon bestämmelse i lagen. Inte heller är det visat att Abcur har lidit någon skada eller riskerar att lida någon skada som kan beaktas i sammanhanget. Förvaltningsrätten finner därför att det inte föreligger grund för ingripande mot upphandlingen avseende positionerna morfin och natriumklorid enligt 16 kap. LOU. Abcurs ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).

Richard Ljungqvist

F.d. chefsrådman

Carina Nägling har föredragit målet.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

**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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.