

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-01-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23198-09
Enhet 12

SÖKANDE

Baxter Medical AB, 556171-0657

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog & Malmström Advokatbyrå
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016

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

SAKEN

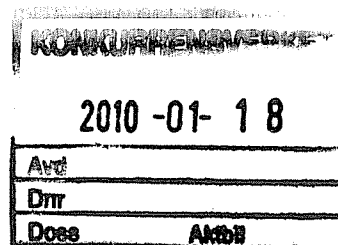
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller delvis Baxter Medical AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas i den del som avser preparat med ATC-koden J06BA02 först sedan rättelse skett på så sätt att ny utvärdering görs varvid Octapharma Nordic AB:s anbud inte ska beaktas.

Länsrätten avslår i övrigt Baxter Medical AB:s ansökan om åtgärder enligt LOU.

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



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. Av tilldelningsbeslut den 3 november 2009 beslöt SLL att anta anbud från annan än Baxter Medical AB (Baxter) i den del som avser preparat med ATC-koderna J06BA02, J02AC01 och J01XD01.

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

YRKANDEN M.M.

Baxter ansöker hos länsrätten om överprövning och yrkar att länsrätten vid sin slutliga prövning ska besluta att upphandlingen i första hand inte får avslutas förrän rättelse vidtagits, dels avseende tilldelningen varvid utvärderingen ska göras om såtillvida att Octapharma Nordic AB:s (Octapharma Nordic) anbud ska förkastas p.g.a. bristande skallkravsuppfyllelse, dels att poängtilldelningen ska rättas så att poäng tilldelas enligt de metoder och riktlinjer som uppställts i förfrågningsunderlaget. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet genom att det uppställts ett skallkrav (leveranssäkerhet) som inte beskrivits.

Som grund för sin ansökan anför Baxter i huvudsak följande.

Bristande skallkravsuppfyllelse

Octapharma Nordic uppfyller inte det i förfrågningsunderlaget uppställda skallkravet att "Anbudsgivare skall ha erforderliga tillstånd att bedriva handel med läkemedel i Sverige". Anbudet ska därför förkastas. Oc-

Octapharma Nordic anger själva i sitt anbud att man kommer att lämna in en tillståndsansökan till Läkemedelsverket. Till sitt anbud har Octapharma Nordic bifogat ett tillstånd från ett annat bolag, Octapharma AB. Eftersom det därmed är ostridigt att skullkravet inte uppfyllts ska anbudet diskvalificeras. Vidare uppställs under samma punkt i förfrågningsunderlaget ett skullkrav avseende emballage/förpackning "Anbudsgivaren skall uppfylla producentansvaret för förpackningar enligt förordning 2006:1273 om producentansvar för förpackningar. Producentansvaret kan uppfyllas för offererade produkter genom att anbudsgivaren eller att anbudsgivarens leverantör i tidigare led är ansluten till REPA-registret eller motsvarande eller genom att anbudsgivaren har ett eget upprättat system". Återigen är det inte Octapharma Nordic som är anslutna till REPA-registret, utan Octapharma AB. Eftersom Octapharma Nordic valt att skicka med REPA-intyget har anbudsgivaren inte något eget upprättat system. Det är även uppenbart att Octapharma AB inte är leverantör i tidigare led av aktuella läkemedel till Octapharma Nordic (Octapharma AB är ett dotterbolag till Octapharma Nordic). Det kan därmed konstateras att Octapharma Nordic inte heller uppfyller det i förfrågningsunderlaget uppställda skullkravet avseende producentansvar.

Utvärdering

SLL har tilldelat felaktiga poäng på ett flertal punkter. SLL har även tilldelat poäng som enligt förfrågningsunderlaget inte finns. SLL har därmed frångått vad som angivits i förfrågningsunderlaget vilket strider mot LOU. I utvärderingen av Immunglobulin (ATC-kod J06BA02) anges i förfrågningsunderlaget avseende utvärderingskriteriet farmaceutisk ändamålsenlighet a. Sortimentsbredd att poängen 30 "god" eller 15 "begränsad" kan tilldelas. Trots detta har SLL tilldelat CSL Behring AB och ONAB 20 poäng. Denna poängsättning strider mot principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling. SLL har vidare tilldelat ONAB (produkten Octagam) och CSL Behring (produkten Privigen) alltför hög poäng i utvärde-

ringen av kriteriet Medicinsk ändamålsenlighet b. Klinisk säkerhet. SLL har vidare tilldelat Baxters anbud alltför låg poäng avseende produkten Kiovig vid utvärderingskriteriet farmaceutisk ändamålsenlighet b. Förpackningarnas ändamålsenlighet. Gällande produkten Flukonazol (ATC-kod J02AC01) har SLL tilldelat Baxters konkurrenter Copyfarm och Pfizer för höga poäng. Vad gäller produkten Metronidazole (ATC-kod J01XD01) förefaller hela utvärderingen i denna del vara felaktig.

Brister i förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet avseende skallkravet om leveranssäkerhet. Skallkravet har uppställts enligt följande:

”Anbudsgivaren skall ha en god leveranssäkerhet, Uppgifter om leveranssäkerhet för offererad/-e produkt/-er från de senaste 2 åren skall bifogas anbudet...”

Leveranssäkerheten ska vara god men det framgår inte med vad som menas med god leveranssäkerhet. Förfrågningsunderlaget brister således i förutsebarhet vad gäller innebörden av detta skallkrav.

Skada

Den försäljning Baxter riskerar att gå miste om genom SLL:s felaktiga tilldelningsbeslut medför att skadan är betydande.

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

Skallkrav avseende erforderliga tillstånd att bedriva handel med läkemedel
SLL vitsordar att Octapharma Nordic vid tidpunkten för anbudets avgivande – den 10 september 2009 – saknade tillstånd för att bedriva handel med läkemedel i Sverige. Octapharma Nordic upplyste dock i sitt anbud särskilt att bolaget avsåg att i dagarna lämna in en ansökan till Läkemedelsverket

och att bolaget vid avtalsperiodens ikraftträdande skulle inneha tillstånd. Av Octapharma Nordics anbud framgår att Octapharma AB är ett dotterbolag. Octapharma Nordic svarar för bl.a. försäljning medan Octapharma AB svarar för bl.a. forskning, produktion och kvalitetskontroll. Vid prövning av anbudet konstaterade SLL att tillstånd fanns inom koncernen (för Octapharma AB). SLLs gjorde bedömningen att det inte fanns anledning att ifrågasätta att tillstånd skulle komma att ges.

Skallkrav avseende emballage och förpackning

I punkten 1.15 i anbudsfrågan framgår av första meningen att anbudsgivaren ska uppfylla producentansvaret för förpackningar enligt förordning 2006:1273 om producentansvar för förpackningar. I andra meningen anges hur ansvaret "kan" uppfyllas. Det föreligger således inget krav på anslutning till REPA-registret. SLL fann vid prövningen av Octapharma Nordics anbud inte anledning att ifrågasätta uppgiften om att bolaget skulle komma att uppfylla producentansvaret. Till stöd för detta förelåg bl.a. beviset att dotterbolaget Octapharma AB var anslutet till REPA. Octapharma AB är dessutom leverantör i tidigare led. För övrigt kan nämnas att Octapharma Nordic är anslutet till REPA. I andra hand gör SLL gällande att Octapharma Nordic genom ingivande av dotterbolagets intyg i vart fall hänvisar till en annans kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU.

Utvärdering

ATC-koden J06BA02 har utvärderats av en expertgrupp för plasmaprodukter och vissa antitrombotiska läkemedel. ATC-koderna J01XD01 och J02AC01 har utvärderats av en expertgrupp för infektionssjukdomar. SLL vill framhålla att det framgår av praxis att upphandlande myndighet har stor frihet att inom ramen för LOU utvärdera de anbud som kvalificerat sig och att det inte ankommer på förvaltningsdomstol att göra en egen värdering av anbudet.

Det är riktigt att SLL felaktigt har tilldelat Octapharma Nordic och CSL Behring 20 poäng istället för 15. Den omständigheten saknar emellertid betydelse då bolagen alltjämt erhåller lägre jämförelsetal än Baxter. Baxter kan därmed inte lida eller antas lida någon skada i LOU:s mening. I övrigt bestrids att poängsättningen skett felaktigt.

Brister i förfrågningsunderlaget

Bedömningen av god leveranssäkerhet får göras utifrån en tolkning av ordalydelsen. Eftersom Baxter inte förkastats med hänvisning till kravet kan man inte anses lida någon skada eller antas lida någon skada i LOU:s mening.

Baxter anför i förnyat yttrande bl.a. följande.

Octapharma Nordic uppfyllde inte skallkravet beträffande tillstånd för att bedriva handel med läkemedel när anbudet lämnades in. Vad SLL anför om bolagets brist på tillstånd och intention att senare söka tillstånd saknar relevans. Skallkravet var utformat så att tillståndet skulle föreligga vid tidpunkt för anbudsgivningen. Avseende skallkravet om producentansvar för emballage/förpackning så framgår det inte av Octapharma Nordics anbud att dotterbolaget utgjorde en leverantör i tidigare led. Octapharma Nordic har inte påvisat att bolaget uppfyllde skallkravet vid tidpunkten för anbudets avgivande. SLL anför vidare att Octapharma Nordic är anslutna till REPA-registret. Detta är en omständighet som inte förelåg vid tidpunkten för anbudets avgivande och har inte varit föremål för skallkravsprövning. Såvitt gäller andrahandsinvändningen så har Octapharma Nordic inte ens påstått att bolaget kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Octapharma Nordics anbud ska därför förkastas på denna grund.

Såvitt avser utvärderingen av Immunglobulin (ATC-kod J06BA02) så medger SLL att man handlat i strid mot LOU när man tilldelat Octapharma Nordic och CSL Behring AB 20 poäng istället för 15. SLL drar en felaktig slutsats att detta brott mot LOU inte skulle ha lett till någon skada för Baxter. De är det samlade resultatet av leverantörens skada som ska bedömas.

SLL genmäler bl.a. följande.

Det aktuella tillståndet för att bedriva handel med läkemedel utgör inget kvalificeringskrav enligt 11 kap. 10 och 11 §§ LOU utan ett kontraktuellt skallkrav, d.v.s. ett kontraktskrav. Eftersom kravet inte behöver uppfyllas förrän leveranserna påbörjas finns det enligt LOU inget krav eller behov av att kravet är uppfyllt dessförinnan. Octapharma Nordic har gjort sannolikt att kravet kommer att vara uppfyllt per den 1 januari 2010. Om kravet inte uppfylls per nämnda datum utgör det ett kontraktsbrott som får hanteras enligt kontraktets villkor.

Avseende skallkravet om emballage och förpackningar har något krav på att anbudsgivaren ska redovisa hur kravet uppfylls inte uppställts. Redan härigenom saknas grund för att förkasta Octapharma Nordics anbud. Det har senare visat sig att Octapharma Nordic är anslutet till REPA-registret. En uppgift som inte erfordrades i anbudet men som Octapharma Nordic ingivit till följd av överprovningen. SLL har vid fastställandet av utvärderingskriterier hållit sig inom LOU:s ramar samt har vid utvärderingen – som huvudsakligen skett av landstingets särskilt sakkunniga – inte gjort några allvarliga bedömningsfel.

Baxter anför bl.a. följande.

Det är endast de anbud som uppfyller skallkraven som får tas med till utvärdering. Att Octapharma Nordic numer har tillstånd för handel med lä-

kemedel får inte beaktas i upphandlingen. Octapharma Nordics anbud uppfyller inte kravet på producentansvar. Att Octapharma Nordic numer även är anslutet till REPA-registret saknar relevans.

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 11 kap. 12 § LOU stadgas att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

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.

Utredningen

Av förfrågningsunderlaget följer av punkten 1.15 "Övriga krav" att anbudsgivare ska ha god leveranssäkerhet. Uppgifter om leveranssäkerhet för

offererad/-e produkt/-er från de senaste 2 åren ska bifogas med anbudet. I fall produkten funnits på marknaden kortare än 2 år, ska uppgifter lämnas för den tid produkten funnits på marknaden. Om produkten inte finns på marknaden vid anbudstillfället kommer leveranssäkerheten baseras på tidigare erfarenhet av anbudsgivaren och/eller framtida garantier/vidtagna åtgärder för att säkerställa en god leveranssäkerhet.

I de fall anbudsgivaren har haft leveransproblem avseende offererad/-e produkt/-er ska anbudsgivaren kunna visa på hur detta åtgärdats för att säkerställa framtida leveranser. Information bifogas med anbudet.

Av förfrågningsunderlaget följer vidare av punkten 1.15 "Övriga krav" att anbudsgivare ska leverera efterfrågade läkemedel genom av Läkemedelsverket godkänd partihandel eller enligt annan särskilt avtalad ordning.

Länsrättens bedömning

Som en följd av sökandens yrkande och därefter av länsrätten fattat interimistiskt beslut, avgränsas rättens prövning till frågan om ATC-koderna J06BA02, J02AC01 och J01XD01 i aktuell upphandling.

De grundläggande principer som skall 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. Likabehandling 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.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att kraven för att anse ett upphandlingsförfarande strida mot dessa principer numera måste ställas relativt högt.

Förfrågningsunderlaget

Baxter har bl.a. anfört att förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet avseende uppställt skallkrav om leveranssäkerhet.

När den upphandlande myndigheten ställer ett krav ska den även redogöra för hur anbudsgivarna ska visa att de uppfyllt kravet. Det måste vara möjligt för den upphandlande myndigheten att kontrollera att den information som lämnas i anbudena är korrekt. I vissa fall kan det vara nödvändigt att koppla ett bevismedel till kravet. Bevismedlet ska säkerhetsställa att anbudsgivaren verkligen uppfyller kravet. Även om beskrivningen av uppfyllandet av ifrågavarande skallkrav inte är optimalt utformat, då det delvis framstår som otydligt vad god leveranssäkerhet innebär, anser länsrätten inte att risken för missförstånd varit sådana att förfrågningsunderlaget varit så oklart att upphandlingen ska göras om. Utformningen av skallkravet kan inte heller anses innebära att någon leverantör varit fråntagen att avge anbud. Vad Baxter anfört medför enligt länsrättens mening inte att man visat att skallkravet avseende leveranssäkerhet står i strid med LOU eller någon gemenskapsrättslig princip.

Skallkrav

Baxter har vidare anfört att Octapharma Nordic inte uppfyllt skallkravet i upphandlingens förfrågningsunderlag avseende erforderligt tillstånd för att bedriva handel med läkemedel i Sverige. 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 förfrågningsunderlaget under punkten ”övriga krav” ska anbudsgivare ha erforderliga tillstånd för att bedriva handel med läkemedel i Sverige. Av handlingarna i målet framgår att Octapharma Nordic saknade erforderligt tillstånd vid anbudstidens utgång, trots att skallkravet besvarats jakande. SLL anför bl.a. att man inte hade skäl att ifrågasätta att tillstånd skulle komma att meddelas och att bolaget åberopar sig av annan leverantörs yrkesmässiga kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU, i detta fall Octapharma AB.

SLL har i målet framlagt ett intyg, daterat efter anbudstidens utgång och efter att tilldelningsbeslut fattats, att Octapharma Nordic numer innehar tillstånd för partihandel med läkemedel. Enligt länsrättens mening har det inte utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning varit möjligt för den upphandlande myndigheten att enligt bestämmelserna i 9 kap. 8 § LOU läka brist i Octapharma Nordics anbud genom att i efterhand tillåta bolaget justera tidigare lämnade uppgifter. Octapharma Nordic har inte på annat sätt visat att bolaget kommer att förfoga över nödvändiga resurser vid kontraktets fullgörande.

Genom att anta anbud som inte har uppfyllt skallkravet har SLL handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Baxter får antas ha därigenom lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU finns därmed avseende ATC-koden J06BA02.

Vid denna bedömning finner länsrätten inte skäl att pröva övriga invändningar som Baxter framställt avseende skallkravsbrister i Octapharma Nor-dics anbud och brister i SLL:s anbudsutvärdering avseende ATC-koden J06BA02.

Anbudsutvärdering avseende ATC-koderna J02AC01 och J01XD01

Vad sedan gäller frågan om SLL:s utvärdering av ATC-koderna J02AC01 och J01XD01 har skett i strid med LOU konstaterar länsrätten att enligt rättspraxis måste en upphandlande myndighet allmänt sett ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. Det ankommer inte heller på länsrätten att göra någon egen utvärdering av anbuden (se Kammarrätten i Stockholms dom den 6 mars 2009, mål nr 539-09). Det har inte framkommit att poängsättningen gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller de principer som styr LOU. Det föreligger således inte grund för att förordna om åtgärder med stöd av 16 kap. 2 § LOU i denna del.

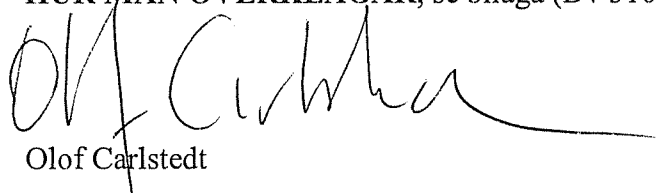
Åtgärd avseende ATC-koden J06BA02

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 anbudsutvärderingen. Därmed är det enligt länsrättens mening mest lämpligt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits såtillvida att

en ny utvärdering av ATC-koden J06BA02 ska ske utan beaktande av Octapharma Nordics anbud. Ansökan ska därför delvis bifallas.

Länsrättens interimistiska beslut från den 16 november 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, anledning 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.