



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

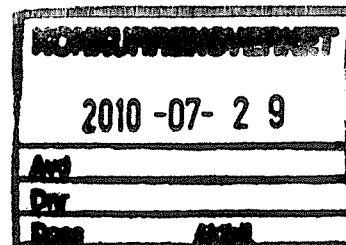
DOM
2010-07-28
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3972-10
Rotel 8

SÖKANDE

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

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



MOTPART

Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

Ombud: Hannes Olsson
Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Baxter Medical AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 15306

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

YRKANDE M.M.

Landstingen i Östergötland genomför en upphandling, Läkemedel – N01AB08, referensnummer UC 2009-197 gällande läkemedel, läkemedelsnära och medicinska produkter för användning vid köparens vårdinrättningar. Upphandlingen har genomförts med ett öppet förfarande. – Landstinget har i tilldelningsbeslut den 14 april 2010 antagit annan anbudsgivares än Baxter Medical AB:s anbud.

Baxter Medical AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. I andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från leverantören Abbott ska diskvalificeras från utvärderingen.

Landstinget motsätter sig bifall till bolagets talan.

Förvaltningsrätten beslöt den 23 april 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan annat förordnas i målet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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 2 § andra stycket LOU gäller följande. Om den upphandlande enheten 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten 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.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Regelverket om offentlig upphandling är uppbyggt med utgångspunkt i EG-fördraget och följer dess regler även om det i fördraget inte finns någon bestämmelse som direkt hänvisar till offentlig upphandling. De grundläggande gemenskapsrättsliga principer som EG-domstolen ofta åberopar i upphandlingsmål är krav på icke-diskriminering, likabehandling, transparens och öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Principen om *icke-diskriminering* innebär att även om den upphandlande enheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformandet av förfrågningsunderlaget inte införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan utföra. Principen om *likabehandling* innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle. Med *transparens* avses främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen. *Proportionalitetsprincipen* innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (Prop. 2006/07:128 s. 131 f).

Bolaget anför i huvudsak följande. Landstingets definition av öppet anestesystem för med sig att de skallkrav som uppställts på det av anbudsgivaren önskvärda systemet strider mot grundläggande upphandlingsrättsliga principer om transparens, förutsägbarhet, likabehandling, objektivitet, icke-diskriminering och proportionalitet. – I förfrågningsunderlaget gör Landstinget skillnad på så kallade öppna respektive slutna system för anestesivätskor. Det går inte att förutse vilka system som Landstinget kan anse som öppna eftersom alla system skulle enligt en normal och rimlig tolkning kunna falla under Landstingets definition. Anbudsgivare ska kunna

tolka kriterier på samma sätt (jfr EG-domstolens dom, C-19/00, SIAC). Detta förutsätter att de kriterier som anges formuleras på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt, att den upphandlande myndigheten håller sig till denna tolkning under hela förfarandet och att myndigheten tillämpar kriterierna objektivt och enhetligt gentemot samtliga anbudsgivare. Den i förfrågningsunderlaget uppställda definitionen och de därmed sammanhängande skallkraven strider på ett påtagligt och direkt sätt mot EG-rätten. Det är inte möjligt att med en normal tolkning av orden påstå att något av systemen inte ”i något arbetsmoment”, ”oavsiktligt” skulle kunna gå sönder eller på annat sätt hanteras på ett sådant sätt att det blir spill. Det föreligger därmed grund för att förordna om att upphandlingen ska göras om.

Vidare har Landstinget utvärderat det vinnande bolagets, Abbotts, anbud trots att det inte uppfyller förfrågningsunderlagets uppställda skallkrav. Abbotts anbud bör därför diskvalificeras. – Det system som Abbott offereerat är enligt uppställd definition ett öppet påfyllningssystem. Detta har Abbott insett eftersom Abbott i sitt anbud svarat ja på kravet att man för öppna system inkluderat kostnaden för skyddshandskar i priset. Emellertid påstår Abbott i sitt svar att systemet är slutet, vilket alltså inte stämmer. Det finns inte heller något i anbudet som tyder på att Abbott faktiskt har inkluderat kostnaden för skyddshandskar eller avser att leverera några skyddshandskar. Istället framgår av texten i anbudet att Abbott anser att skyddshandskar inte behövs eftersom man påstår att systemet enligt deras uppfattning och bortsett från definitionen i förfrågningsunderlaget är slutet. Abbott har också svarat ja på kravet i förfrågningsunderlaget att de bifogat efterfrågad dokumentation för öppna system. Någon sådan dokumentation (nödvändig skyddsklass och kemikaliebeständighetstabell) har emellertid inte bifogats anbudet. Abbott har insett att de faller under definitionen för öppet system men har i anbudet försökt argumentera sig runt det faktum att de vet att de inte kan uppfylla uppställda skallkrav genom att påstå att Ab-

bott har ett slutet system. Abbotts system består av en flaska med en adapter som sätts i förgasaren vid påfyllning. Det är alltså inte ett slutet system. Läckage och spill förekommer när man fyller förgasare, vilket med den definition som uppställs i förfrågningsunderlaget innebär att fråga inte är om ett slutet system eller utgör en sluten obruten originalförpackning. I anbudet har Abbott varken inkluderat kostnaden för erforderliga skyddshandskar eller bifogat efterfrågad dokumentation till styrkande av skyddshandskarnas lämplighet. Abbotts offererade påfyllningssystem faller, enligt Landstingets uppställda definition, under definitionen öppet system. Eftersom Abbott inte uppfyllt uppställda skallkrav för ett öppet system, ska deras anbud diskvalificeras från utvärderingen. – Eftersom ingen anbudsgivare därmed uppfyller uppställda skallkrav ska upphandlingen följaktligen göras om.

Slutligen anförs att Landstingets upphandling står i strid med LOU och upphandlingsrätten i övrigt har lett till att bolaget lidit skada. Den försäljning som bolaget riskerar att gå miste om genom Landstingets felaktiga tilldelningsbeslut medför att skadan är betydande.

Landstinget anför i huvudsak följande. I Sverige finns idag två leverantörer som har tillstånd till partihandel med anestesiläkemedel, nämligen Abbott Scandinavia AB och bolaget. – Landstinget anser att definitionen i förfrågningsunderlaget är härledd utifrån 13 § Arbetsmiljöverkets föreskrifter om anestesigaser samt allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna (AFS 2001:7) vari anges att ett slutet system föreligger om en produkt utgör en ”sluten obruten originalförpackning eller del i ett slutet system”. E contrario, torde ett öppet system bestå av en produkt som kräver något arbetsmoment som bryter originalförpackningen. Landstingets definition utgör således inte någon egen sådan. – Under förutsättning att produkterna har reella skillnader och att valet av produkt medför faktiska skillnader i Landstingets hantering och för dess kostnader, har dock Lands-

tinget ändå rätten att göra åtskillnad mellan de båda produkterna som existerar på marknaden. Bolaget har besvarat inte mindre än fyra skall-krav med ”nej”, trots att det klart framgår att Landstinget krävt ”ja” som svar.

Landstinget har i den aktuella upphandlingen tillämpat principen om lägsta pris. Upplysningsvis härrör EG-domstolens avgörande i målet C-19/00 SIAC från en upphandling utifrån principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Landstinget har ställt krav på att anbudsgivare med öppna system ska inkludera kostnaden för erforderliga skyddshandskar i anbudspriset. Arbetsmiljöverket har utfärdat inspektionsmeddelande om att Landstinget ska använda handskar vid arbete med öppna system. Om inte handskar används kan verket komma att besluta om föreläggande eller förbud. Kravet är således inte bara relevant i sammanhanget utan även nödvändigt för att kunna jämföra anbudsgivaren med öppna system mot anbudsgivare med slutna system, eftersom ett öppet system kräver särskild skyddsutrustning och därmed medför merkostnader. Genom att inkludera priset för handskarna i anbudspriset för öppna system blir anbuden transparenta och rättvisa kan ske vid anbudsutvärderingen.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Punkten 2.4.4

- Landstinget kommer att utvärdera inkomna anbud utifrån principen om lägst pris.
- Landstinget skiljer mellan s.k. slutna och öppna system: Ett öppet system föreligger om behållaren för ett vätskeformigt anestesimedel inte utgör en sluten obruten originalförpackning eller del i ett slutet system enligt 13 § AFS 2001:7. Ett öppet system anses också föreligga om behållaren för ett vätskeformigt anestesimedel i något

arbetsmoment oavsiktligt kan hanteras på ett sådant sätt att vätskeformigt spill av anestesimedel kan ske i sådan mängd att hygieniska gränsvärden riskerar att överskridas. Landstinget i Östergötland är ålagda av Arbetsmiljöverket att använda skyddshandskar vid arbete med vätskeformiga anestesimedel som tillhandahålls genom öppna system.

- Anbudsgivaren, såväl med anbud på öppna som slutna system, ska lämna pris genom att fylla i bifogad prisbilaga. Offererat anbudspris per flaska kommer att multipliceras med den uppskattade årsvolymen, 1 400 flaskor, vid utvärdering av gruppen N01AB08.
- Anbudspriset för öppna system ska inkludera kostnaden för erforderliga skyddshandskar.
- Landstinget gör uppskattningen att varje flaska används för påfyllning av förgasare vid två tillfällen.
- Anbudsgivaren ska infoga information från FASS om preparatets huvudsakliga behandlingsområden enligt ovan.
- Anbudspriset för öppna system inkluderar kostnaden för erforderliga skyddshandskar? (Ja/Nej svar)

Punkten 3.2.4

- Anbudsgivaren som offererar öppna system ska tillhandahålla nödvändig skyddsutrustning utifrån Arbetsmiljöverkets föreskrifter och om tillämpligt även utifrån andra myndigheter och lagstiftning.

Punkten 4.5.14

- Samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav och villkor ska accepteras.

Av bolagets anbud framgår att de svarat nej på ett antal av de uppställda skall-kraven.

Av tilldelningsbeslutet framkommer att Abbott Scandinavia AB uppfyllt samtliga skall-krav samt att de redovisat det lägsta priset.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av proportionalitetsprincipen följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Dessutom måste kraven vara ägnade att leda till att den upphandlande enhetens syfte med att ställa dem uppnås.

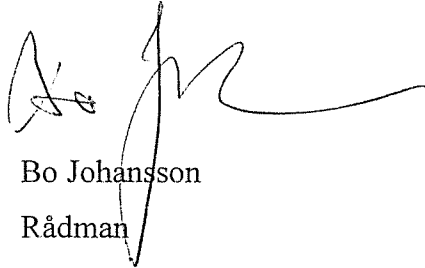
Bolagets huvudsakliga invändning är att förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU eftersom Landstinget utgått från, en av bolaget betraktad, egen definition av öppet respektive slutet system för anestesivätskor. Vidare att vinnande leverantör inte uppfyller ställda skallkrav.

I förfrågningsunderlaget framgår att Landstinget, för att ge en rättvisande prisbild, gör skillnad på öppna och slutna system för anestesivätskor. Under punkten 3.2.4 anges att anbudsgivaren som offererar öppna system ska tillhandahålla nödvändig skyddsutrustning. Bolaget gör gällande att Abbott lämnat anbud på ett öppet system utan att ange pris inklusive skyddshandskar och på så sätt inte kan anses uppfylla samtliga skall-krav.

Landstinget har i tilldelningsbeslut angivit att anbudet från Abbott uppfyller samtliga skall-krav. Det framgår av tilldelningsbeslutet att det vinnande bolaget haft det av anbudsgivarna lägsta priset.

Bolaget sammanfattningsvis inte förmått visa att Landstinget brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Ansökan om överprövning skall avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 D).

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Bo Johansson', written over a faint, illegible stamp or background.

Bo Johansson
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Charlotta Necking.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.