



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

**DOM**

2018-05-04

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (10)

Mål nr

3954-18

**SÖKANDE**

Pfizer Innovations AB, 556986-8002

Ombud: Advokat Annika Blomqvist  
Advokatfirma DLA Piper Sweden  
Box 7315  
103 90 Stockholm

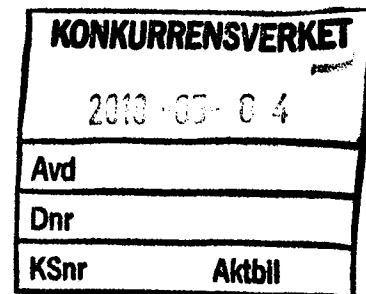
Ombud: Advokat Christofer Morales  
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB  
Box 7315  
103 90 Stockholm

**MOTPART**

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798  
117 99 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 969431

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: [forvaltningsrattenistockholm@dom.se](mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se)

[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

## BAKGRUND

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför med tillämpning av ett öppet förfarande en upphandling av ”Vaccin enligt det nationella barnvaccinationsprogrammet 2017”, projektnummer 10351. Upphandlingen avser ett ramavtal och genomförs av SKI i egenskap av inköpscentral i eget namn, med ett stort antal avropsberättigade myndigheter. Upphandlingen är indelad i sex anbudsområden, för vilka utvärdering och tilldelning av kontrakt sker separat. Pfizer Innovations AB (Pfizer) lämnade anbud avseende anbudsområde 1 (konjugerat pneumokockvaccin). Efter ansökan om överprövning från Pfizer avseende anbudsområde 1 med yrkande om ett interimistiskt beslut, beslutade förvaltningsrätten den 20 februari 2018, att SKI inte får ingå avtal avseende anbudsområde 1 i upphandlingen innan något annat har bestämts. Av tilldelningsbeslut den 4 april 2018 framgår att det finns en annan anbudsgivare avseende detta område och att SKI avser att teckna kontrakt med denna när den förlängda avtalsspärren har löpt ut.

## YRKANDEN M.M.

**Pfizer** ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen avseende anbudsområde 1 ska göras om. Pfizer anför i huvudsak följande till stöd för sitt yrkande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att SKI kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga avgörs enligt den s.k. mervärdesmetoden. Mervärdesmetoden innebär att ett fiktivt prisavdrag åsätts vissa kvalitetskriterier och dras av från anbudspriset i utvärderingssyfte för att få fram ett utvärderingspris. SKI har endast använt ett kvalitetskriterium. Kriteriet innebär att anbudsgivare som kan visa förekomst av antigen (serotyp) 19A i sitt vaccin erhåller ett fiktivt prisavdrag om 40 kr.

Det finns endast två tillgängliga vacciner som kan offereras för det aktuella anbudsområdet. Det föreligger skillnader ur ett vetenskapligt och ett folkhälsoperspektiv mellan de båda vaccinerna, som därför inte bör betraktas som likställda. Pfizers vaccin Prevenar13 är det vaccin som erbjuder bredast täckning av serotyper, med skydd mot viktiga bakteriestammar, inklusive 3, 6A och 19A. Prevenar13 har visat sig kunna förebygga invasiv pneumokocksjukdom samt lunginflammation och akut otitis media förorsakat av de 13 serotyper som finns i detta vaccin i länder med hög vaccineringsgrad och reducerat förekomst av meningit, lunginflammation och inflammation i mellanörat.

Syftet med ett vaccinationsprogram är att minska förekomsten av sjukdomar genom vaccinering. För pneumokockinfektion innebär det att samtliga sjukdomar som orsakas av denna patogen bör motverkas, inkluderande hjärnhinneinflammation och sepsis, lunginflammation samt öroninflammation. Ett skydd som omfattar så många serotyper som möjligt bör därför vara av intresse för upphandlande myndigheter samt ur ett folkhälsoperspektiv.

Beslutet att endast utvärdera serotyp 19 A synes ha fattats på godtyckliga grunder och utan vetenskapligt stöd. Det saknas goda vetenskapliga skäl att inte också tillmäta förekomst av serotyperna 3 och 6A ett mervärde eftersom samtliga sjukdomar som orsakas av pneumokockinfektion bör vara lika relevanta att motverka genom vaccination. Vidare vilar även beslutet att fastställa mervärdet för förekomst av serotyp 19A till just 40 kr på godtyckliga grunder.

Pfizer har gjort en analys som visar att avdraget för serotyp 19A borde vara högre samt att ett mervärde borde ges även för serotyperna 3 och 6A. Pfizer har i analysen jämfört situationerna i två andra nordiska länder; Finland och

Danmark. Finland har använt Synflorix i sitt nationella barnvaccinationsprogram sedan 2010 och Danmark har använt Prevenar13 i sitt nationella barnvaccinationsprogram sedan 2010.

Resultatet av Pfizers analys visar att värdet på kostnadsminskningen för sjukvården och samhället i stort baserad på en hälsoekonomisk beräkning är 64 kr per dos för serotyp 3, 56 kr per dos för serotyp 19A och 10 kr per dos för serotyp 6A över en femårsperiod (2012–2016) eller 130 kr per dos totalt. Sett till enbart år 2016 blir skillnaderna än större och motsvarar 90 kr per dos för serotyp 3, 89 kr per dos för serotyp 19A och 6 kr per dos för serotyp 6A, eller 185 kr per dos totalt.

Eftersom SKI:s beslut om utvärderingskriterier och mervärden har baserats på godtyckliga grunder och på ett otillräckligt vetenskapligt underlag står besluten i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU, särskilt principerna om likabehandling och proportionalitet.

Ett vaccin med bredare täckning och med fördelar ur ett vetenskapligt perspektiv och ur ett folkhälsoperspektiv, medför högre kostnader för leverantören. Om sådana kvalitetsaspekter inte i rimlig omfattning beaktas i upphandlingen innebär det att leverantören som tillhandahåller ett sådant vaccin i praktiken kommer att sakna möjlighet att tilldelas kontrakt.

SKI har genom upphandlingens utformning omöjliggjort för Pfizer att konkurrera med de egenskaper som skiljer de två vacciner åt. Genom att Pfizer fråntas möjligheten att konkurrera med dessa egenskaper fråntas Pfizer utsikterna att tilldelas kontrakt eftersom Pfizer inte har möjlighet att erbjuda samma priser för sitt vaccin som den enda andra leverantören på marknaden kan. Därigenom finns i praktiken endast ett vaccin som kan komma i fråga för kontraktet. Den utvärderingsmodell som SKI har valt att använda medför därför att SKI i praktiken får en obegränsad valfrihet att välja vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontrakt. Det innebär att

upphandlingen har utformats i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Upphandlande myndigheter ska vid utformningen av en upphandling aktivt beakta vilka effekter som riskerar att uppkomma på konkurrensen på den aktuella marknaden. En effektiv konkurrens på aktuell marknad förutsätter att kvalitetskriterier får ett större genomslag. SKI har således brutit även mot konkurrensprincipen genom den valda utvärderingsmodellen.

Upphandlingen brister också i transparens eftersom det inte framgår på vilka grunder SKI har funnit att prisavdraget ska vara just 40 kr och därför går det inte att kontrollera om beslutet har fattas på objektiva grunder.

Som en följd av hur upphandlingen har kommit att utformas, har Pfizer förhindrats att lämna in ett konkurrenskraftigt anbud och har i praktiken exkluderats från möjligheten att tilldelas kontrakt. Pfizer har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Upphandlingen är mycket omfattande och upphandlingens utformning får därför en stor påverkan på marknaden och på konkurrenssituationen. Eftersom det är fråga om en så omfattande upphandling som närapå omfattar hela Sverige, finns det en risk att myndigheter i andra länder tar intryck av denna vid utformning av sina egna upphandlingar. Den skada som Pfizer lider till följd av hur SKI har utformat upphandlingen relaterar till Pfizers möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen, men det kan inte bortses från att om inget ingripande mot upphandlingen sker riskerar detta att få långtgående effekter och negativt påverka Pfizers möjligheter att framgångsrikt konkurrera på marknaden även på europeisk nivå.

SKI motsätter sig att ansökan bifalls och uppger i huvudsak följande. SKI har inte brutit mot någon bestämmelse i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eller mot någon av de grundläggande principerna som

anges 1 kap. 9 § LOU. Den utvärderingsmodell som SKI tillämpat i upphandlingen är klart och tydligt utformad och ger alla potentiella leverantörer samma möjligheter att lämna anbud.

En upphandlande myndighet har rätt att välja vilken tilldelningsgrund som ska tillämpas i en upphandling. Det har alltså stått SKI fritt att antingen ingå ramavtal med den leverantör som lämnat lägst pris för det efterfrågade vaccinet eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I upphandlingen har SKI valt att göra det senare. Det är det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten som ska antas. Vilket det är ska bedömas enligt de kriterier som den upphandlande myndigheten anger. Myndigheten får välja kriterier fritt, så länge kriterierna syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och inte medför en obegränsad valfrihet vid kontraktstilldelning.

Upphandlingen genomförs för att alla barn i Sverige ska få tillgång till vaccin mot pneumokocker inom det nationella barnvaccinationsprogrammet. Valet att ge ett mervärde för just antigen 19A och storleken på prisavdraget har SKI bestämt i nära samarbete med vårdgivare samt en särskild expertgrupp. Beslutet har fattats utifrån att studier visar att det finns ett tillräckligt sannolikt samband mellan avsaknaden av antigen 19A i de pneumokockvacciner som getts till en viss population och förekomsten av pneumokocksjukdomar orsakade av serotyp 19A i hela populationen. Något motsvarande förhållande för vacciner med antigen 3 och 6A har inte kunnat påvisas.

SKI:s beslut om utvärderingsmodell i upphandlingen har fattats med stöd av oberoende medicinsk expertis utifrån det vetenskapliga kunskapsläget. Utvärderingsmodellen har inte utformats för att missgynna Pfizer eller gynna någon annan leverantör. Tvärtom har SKI balanserat kravställning

och mervärden för att bibehålla konkurrensen mellan marknadens aktörer och därigenom få konkurrenskraftiga priser.

Att Pfizer inte tilldelas kontrakt i upphandlingen påverkar inte konkurrensen på marknaden negativt. Vaccinmarknaden är global och flera stora upphandlingar genomförs runtom i världen. I vart fall har inte Pfizer kunnat visa att konkurrensen påverkas på ett sådant sätt att SKI skulle vara tvungen att införa en helt annorlunda utvärderingsmodell i upphandlingen.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Den 1 januari 2017 trädde en ny lag (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår att den tidigare lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska tillämpas på sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlingen har påbörjats innan den 1 januari 2017 och det är således, vilket är ostridigt mellan parterna, LOU i dess äldre lydelse som är tillämplig på upphandlingen.

Frågan i målet är om finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Pfizer har anfört.

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 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

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.

Av 4 kap. 2 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling framgår att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörlig sätt (konkurrensprincipen). Av förarbetena framgår att även om bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU, så följer det som anges i paragrafen redan av en tillämpning av 1 kap. 9 § LOU (prop. 2015/16:195 s. 973).

Av 12 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska 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 ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i LOU (se t.ex. RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48 I och II).

EU-domstolen har uttalat att de upphandlande myndigheterna vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får välja de kriterier som de



ämna tillämpa, på villkor att dessa syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs, och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Tillämpningen av kriterierna ska dessutom ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principerna som följer av unionsrätten (C-448/01 p. 37-38).

SKI har som tilldelningsgrund valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid utvärderingen har SKI förutom pris valt att ha ett annat utvärderingskriterium, nämligen förekomsten av antigen 19A i vaccinet. SKI har uppgett sakliga skäl för sitt val av utvärderingskriterier. Inget annat har framkommit än att utvärderingskriterierna syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs. Det saknar därvid relevans huruvida förekomsten av antigen 3 och 6A i vaccinet också innebär en kostnadsminskning för sjukvården och samhället i stort samt hur stor kostnadsbesparing det medför att ha ett vaccin som innehåller antigen 19A jämfört med ett som inte innehåller det.

Av SKI:s förfrågningsunderlag framgår klart och tydligt vad SKI tillmäter betydelse vid utvärderingen. Förfrågningsunderlaget är därför förenligt med principen om öppenhet, transparensprincipen. Detta innebär också att SKI inte ges en obegränsad valfrihet när myndigheten tilldelar kontraktet. En sådan valfrihet uppkommer nämligen endast om tilldelningskriterierna är så diffusa att det inte på förhand går att avgöra vad myndigheten kommer tillmäta betydelse. Transparensprincipen medför inte att myndigheten är skyldig att ange hur myndigheten kommit fram till vilket prisavdrag ett visst tilldelningskriterium ska erhålla. SKI har således inte brutit mot transparensprincipen.

Det har inte framkommit något som tyder på att SKI utformat upphandlingen för att missgynna Pfizer eller för att gynna någon annan leverantör. SKI har således inte heller brutit mot konkurrensprincipen.

Några omständigheter som tyder på att utvärderingsmodellen skulle stå i strid med någon av de andra grundläggande principerna i LOU har inte framkommit. Grund för ingripande enligt LOU finns därför inte varför Pfizers ansökan ska avslås. I konsekvens härmed upphör därmed förvaltningsrättens interimistiska beslut meddelat den 20 februari 2018 att gälla.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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



Anna Karin Andersson

Rådman

Anna-Karin Saxvold har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

## Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.