



LÄNSRÄTTEN I
KRONOBERGS LÄN

DOM
2009-01-28
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1464-08E
Rotel 4

SÖKANDE

Allergan Norden Aktiebolag, 556214-4724
Johannelundsvägen 3-5
194 81 Upplands Väsby

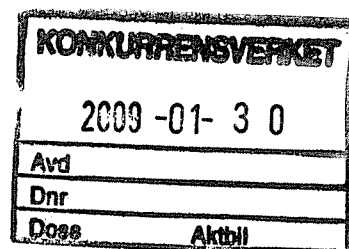
Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Landstinget Kronoberg, 232100-0065
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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



Landstinget Kronoberg (Landstinget) har inbjudit till anbudsgivning avseende upphandling av successiva leveranser av läkemedel på rekvisition, efter avrop till Landstinget. Landstinget beslutade den 12 december 2008 att såvitt avser läkemedel med den aktiva substansen Botulinum Toxin (M03AX01) anta det anbud som lämnats av Ipsen AB.

Allergan Norden Aktiebolag (Allergan) ansöker om överprövning av den angivna upphandlingen. Allergan yrkar att den angivna delen av upphandlingen ska göras om. Allergan anför bl.a. följande. Allergan gör gällande att förfrågningsunderlaget och den genomförda utvärderingen står i strid med principerna om transparens och likabehandling och att upphandlingen därför inte har genomförts på ett rättssenligt sätt. Landstinget har i förfrågningsunderlaget använt sig av utvärderingskriterier som är alltför otydligt beskrivna för att en anbudsgivare ska kunna bilda sig en uppfattning om vad som krävs för att avge ett konkurrenskraftigt anbud. Det framgår var-

Dok.Id 35847

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00
E-post: lansrattenikronoberg@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

ken hur pris eller läkemedlens medicinska och farmaceutiska ändamålsenlighet kommer att utvärderas. Det framgår inte heller av underlag från utvärderingen hur utvärderingen gjorts. Det framgår inte vare sig av förfrågningsunderlaget eller tilldelningsbeslutet utifrån vilka doser Landstinget ska beräkna, och har beräknat, respektive anbudspris. Vidare har i kravspecifikationen såvitt avser utvärderingskriteriet medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet räknats upp ett antal omständigheter. Av förfrågningsunderlaget framgår inte hur dessa omständigheter kommer att bedömas inom ramen för utvärderingen av utvärderingskriteriet. Den använda utvärderingsmetoden ger därför ett alltför stort utrymme för godtyckliga bedömningar, vilket också framgår av den gjorda utvärderingen. Förfrågningsunderlagets utformning avseende utvärderingskriterier innebär i praktiken att Landstinget har förbehållit sig fri anbudsprövning och obegränsad valfrihet. Förfrågningsunderlaget och upphandlingen uppfyller således inte kraven på likabehandling och transparens. Överträdelserna medför att Allergan lider eller kan komma att lida skada om den pågående upphandlingen avseende den del som avser läkemedel med den aktiva substansen Botulinum Toxin (M03AX01) fullföljs. – Allergan har i senare skrivelse utvecklat sin talan rörande ifrågavarande utvärderingskriterier.

Landstinget bestrider Allergans ansökan och anför följande. Upphandlingen genomförs som öppen upphandling. Upphandlingen avser successiva leveranser av läkemedel på rekvisition, efter avrop från Landstinget. Produkterna är i anbudsförfrågan indelade i ett stort antal ATC-koder. ATC-kod M03AX01 är nu föremål för överprövning. Landstinget anser att anbudsintjudan mycket väl anger på vilka grunder utvärderingen kommer att ske under punkt 2.11.2 och 3. Landstinget har i anbudsutvärderingen tagit hänsyn till vilka doser av respektive preparat som är jämförbara med varandra. Landstinget anser att använd beräkningsgrund ger ett rättvisande resultat och därmed lever upp till LOU:s krav. Eftersom omräkningen grundas på klinisk erfarenhet förelåg inget skäl att i anbudsförfrågan redo-

visa dosjämförelse, vilket dessutom inte skulle ha varit rimligt med hänsyn till att Landstinget inte i förväg kan ha kännedom om vilka anbud som kommer in för respektive ATC-kod. Det är helt enkelt en fråga om "nollställning" för att uppfylla LOU:s krav på likabehandling. Vad Landstinget ansett vara av betydelse vid anbudsutvärderingen av utvärderingskriteriet medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet har för anbudsgivare klart framgått av punkten 3 i kravspecifikationen. Eftersom varje punkt i uppräknningen har bedömts ha samma betydelse/vikt i anbudsutvärderingen har Landstinget följaktligen inte angivit någon inbördes viktning mellan punkterna. Viktningen har däremot redovisats mellan de två kriterierna pris och medicinsk- och farmaceutisk ändamålsenlighet. Någon annan viktning har inte erfordrats. Anbudsgivarna har behandlats och bedömts på samma sätt och i överensstämmelse med den i förfrågningsunderlaget angivna värderingsmodellen. Landstinget delar således inte motpartens uppfattning att utvärderingsmetoden ger utrymme till fri anbudsprövning och en obegränsad valfrihet. Landstinget har viktat mellan pris och medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet samt i kravspecifikationen klart angivit vad man avsåg att fästa vikt vid. LOU:s krav på förutsägbarhet och likabehandling har inte trätts för när. I upphandlingen har Allergan blivit tilldelat 5 poäng, dvs högsta poäng avseende medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet. I anbudsutvärderingen var det således priset som avgjorde vilket anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Allergans offererade pris var högre jämfört med konkurrentens. Leverantörens anbud har således, trots eventuella brister i förfrågningsunderlaget angående utvärderingsmodellen, inte givits ett annat innehåll. Det finns således inte förutsättningar för åtgärder enligt 16 kap 2 § LOU eftersom Allergan inte lidit skada eller kan komma att lida skada av en eventuell brist i förfrågningsunderlaget avseende utvärderingsmodellen.

DOMSKÄL

Länsrätten fann i beslut den 22 december 2008 att tillräckliga skäl inte förelåg för att besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Allergan överklagade länsrättens beslut till Kammarrätten i Jönköping, som den 23 december 2008, mål nr 4172-08, beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Länsrätten fann i nytt beslut den 20 januari 2009 att tillräckliga skäl inte förelåg för att besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Enligt 1 kap 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap 2 § LOU skall länsrätten, 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra 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.

I anbudsinbjudan anges att det är fråga om en öppen upphandling av rekvisitionsläkemedel. Av punkt 2.11.2 i anbudsinbjudan framgår att under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt punkt "Kvalificering", kommer det anbud att antas som är det för Landstinget ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn tagen till följande viktade utvärderingskriterier:

1. Pris 60 %
2. Medicinsk- och farmaceutisk ändamålsenlighet 40 %

En sammanvägd bedömning av dessa utvärderingskriterier kommer att göras. Vad gäller pris erhåller det anbud som har lägst anbudssumma 5 poäng. Övriga anbud erhåller en lägre poäng som blir följderna av den procentuella skillnaden gentemot den lägsta anbudssumman. Den uppnådda poängen i varje anbud multipliceras med i förfrågningsunderlaget angiven procentsats. Det anbud som bedöms väl uppfylla verksamhetens önskemål beträffande medicinsk- och farmaceutisk ändamålsenlighet utifrån i kravspecifikationen angivna faktorer erhåller 5 poäng. Övriga anbud erhåller en lägre poäng i förhållande till bedömt kriterieuppfyllande. Utvärderingskriterierna redovisas i kravspecifikationen, punkt 3. Av punkt 3 i kravspecifikationen framgår vilka faktorer som kommer att beaktas vid utvärderingen av kriteriet medicinsk- och farmaceutisk ändamålsenlighet.

Allergan (läkemedel Botox) och Ipsen AB (läkemedel Dysport) har lämnat anbud avseende ATC-koden M03AX01. Vid anbudsutvärderingen av pris har Landstinget utgått från förbrukade enheter av Botox under perioden den 1 juli 2007 – 30 juni 2008. De förbrukade enheterna uppgick till 56 400 enheter. Enligt klinisk erfarenhet kan 500 enheter Dysport jämföras med 200-250 enheter Botox. Landstinget har vid anbudsutvärdering utgått från att 1 enhet Botox motsvarar 2,5 enheter Dysport, vilket resulterar i en prisskillnad på 357 858 kr mellan läkemedlen. Kostnaden för Dysport blir

lägst även upp till ett dosförhållande på 1:3,8. Ipsen har då lägst pris och har tilldelats 5 poäng och Allergan har tilldelats poäng i relation till lägsta pris. I upphandlingen har Allergan blivit tilldelad 5 poäng, dvs högsta poäng, avseende medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet.

Länsrätten gör följande bedömning.

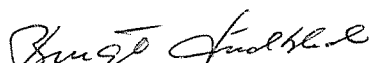
De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har 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 myndigheten brutit mot LOU.

En upphandlande myndighet måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att detta sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Vidare bör kraven för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten ställas relativt högt. Förfrågningsunderlaget har i det här fallet inte varit helt klart utformat i fråga om dosjämförelser. En nollställning har därför varit nödvändig att göra för att kunna jämföra anbuden. Länsrätten finner dock inte visat att de av Allergan anförda omständigheterna varit av sådan art eller omfattning att de krav som uppställs i LOU åsidosatts. Det har inte heller i övrigt visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU. Ansökan ska således avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Allergan Norden Aktiebolags ansökan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)


Bengt Lindblad