



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**  
2013-07-11  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
7050-13 E, 7052--7057-13 E  
Enhet 1:1

**SÖKANDE**

Pfizer AB, 556059-6255

**Ombud:**

Jur.kand. Annika Blomqvist och Christofer Morales  
Advokatfirma DLA Nordic KB  
Box 7315  
103 90 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Region Halland  
Upphandlingsavdelningen  
Box 517  
301 80 Halmstad

2. Falkenbergs kommun  
Rådhusorget 3  
311 80 Falkenberg

3. Halmstads kommun  
Box 153  
301 05 Halmstad

4. Hylte kommun  
314 80 Hyltebruk

5. Kungsbacka kommun  
434 81 Kungsbacka

6. Laholms kommun  
Humlegången 6  
312 80 Laholm

7. Varbergs kommun  
432 80 Varberg

**Ombud:**

Kerstin Bengtsson

**SAKEN**

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



Dok.Id 215760

**Postadress**  
Box 53197  
400 15 Göteborg

**Besöksadress**  
Sten Sturegatan 14

**Telefon**  
031 - 732 70 00

**Telefax**  
031 - 711 78 59

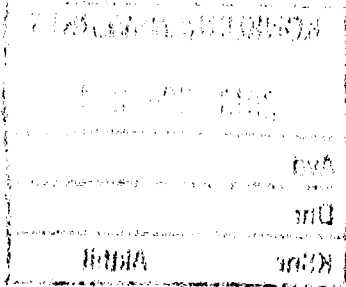
**E-post:** forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att ny utvärdering ska göras i upphandlingen vaccin, ref.nr RU120113, avseende positionerna med ATC-kod J07AL02 och J07AL52 för grupperna "prematura" samt "övriga", varvid heltal ska användas vid poängsättning av anbuden.

---



**YRKANDEN M.M.**

Region Halland, Falkenbergs kommun, Halmstads kommun, Hylte kommun, Kungsbacka kommun, Laholms kommun och Varbergs kommun (nedan myndigheterna) genomför upphandling av vaccin, ref.nr RU120113, avseende positionerna med ATC-kod J07AL02 och J07AL52 för grupperna ”prematura” samt ”övriga”.

Pfizer AB

Pfizer AB (nedan Pfizer eller bolaget) yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska förordna att upphandlingen av vaccin, ref.nr RU120113, avseende positionerna med ATC-kod J07AL02 och J07AL52 för grupperna ”prematura” samt ”övriga”, inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att myndigheterna genomför en ny utvärdering där poäng tilldelas med heltal i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget samt där Pfizer tilldelas högre poäng än GlaxoSmithKline AB (GSK). I andra hand yrkas att upphandlingen i dessa delar ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande.

Vid anbudstidens utgång hade två stycken anbudsgivare kommit in med anbud på positionerna med ATC-kod J07AL02 och J07AL52 som avser pneumokockinfektioner, Pfizers anbud och GSK, som enligt tilldelningsbeslutet kommer att erhålla avtalet i nämnda positioner.

Enligt förfrågningsunderlaget kommer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att antas. Av angiven utvärderingsmodell framgår att tilldelningskriterierna utgörs av Kvalitet, vilket viktas 50–60 %, samt Pris, vilket viktas 40–50 %. Av myndigheternas svar på en fråga under anbudstiden framgår dock att myndigheterna har avvikit från den i upphandlingsunderlaget angivna viktningen för att i stället vikta kvalitet till 70 % och pris till 30 %.

Av angiven utvärderingsmodell framgår även två underkriterier till kriteriet Kvalitet, Medicinsk ändamålsenlighet och Farmaceutisk ändamålsenlighet, vilka viktas 60 % respektive 40 %. Maximal poäng för de båda underkriterierna är 5 poäng på en poängskala från 0 till 5. För bägge dessa underkriterier anges vilka parametrar som ska ingå i bedömning av vilken poäng som ett anbud ska erhålla.

I förfrågningsunderlaget, Utvärdering, anges även en definition av poängskalan. Av denna framgår att poängskalan utgörs av heltal från 0 till 5, om inget annat anges. Vidare anges klart och tydligt vad som krävs för att anbudsgivare ska erhålla poäng för respektive heltal från 0 till 5. I beskrivningen av poängskalan och angivande av kriterier för respektive poängnivå anges uteslutande heltal. Trots att det av upphandlingsunderlaget tydligt framgår att poäng ges enligt heltal, har myndigheterna vid utvärderingen avvikit från den angivna utvärderingsmodellen genom att ge poäng med tiondelar. Det framgår inte på något sätt av upphandlingsunderlaget att anbud kan ges poäng med tiondelar, eller vilka kriterier som gäller för att ett anbud skulle få poäng med en viss tiondel. I stället framgår klart och tydligt av den beskrivna poängskalan att anbud kommer att ges poäng i heltal enligt på förhand givna kriterier för respektive poängnivå. Genom att ge anbud poäng med tiondelar har myndigheterna i efterhand förändrat de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget.

Eftersom anbud i strid med förfrågningsunderlagets lydelse har åsatts poäng med tiondelar har de upphandlande myndigheterna agerat i strid med principen om transparens i LOU. När upphandlande myndigheter vid prövning av anbud avviker från i förfrågningsunderlaget angivna bedömningsnivåer öppnar det upp för godtycke och skönsmässiga bedömningar. Detta eftersom det då inte är möjligt att veta på vilka grunder en avvikelse har skett. Risk föreligger då att principen om likabehandling överträds, eftersom en anbudsgivare kan få en fördel gentemot de övriga.

Det kan noteras att det endast är ett ytterligare vaccin som har utvärderats enligt tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vaccin mot mässling, påssjuka och röda hund, med ATC-kod J07BD52. Vid utvärderingen av detta vaccin har myndigheterna tillämpat utvärderingsmodellen i enlighet med upphandlingsunderlaget, dvs. med heltalspoäng. Detta styrker ytterligare att poäng ska ges med heltal och att utvärderingen av nu ifrågasatta positioner har inneburit en avvikelse från den angivna utvärderingsmodellen.

Anbud som inte når upp till på förhand angivna kriterier för aktuell poängnivå ska inte erhålla den högre poängen. I stället ska den poäng som gäller för den lägre nivå som faktiskt uppnås erhållas. Det finns enligt angiven modell inget utrymme för att ge en högre poäng till ett anbud som inte uppfyller kraven för en viss nivå. Inte heller ges något utrymme för att tilldela anbud, som anses ligga nära en viss nivå, poäng i tiondelar för att på så sätt höja anbudets poäng i förhållande till angivna heltalsnivåer.

Vid myndigheternas utvärdering av anbuden har Pfizer för gruppen "prematurna" erhållit 4,75 respektive 5 poäng för de båda underkriterierna Medicinsk ändamålsenlighet och Farmaceutisk ändamålsenlighet, medan GSK har erhållit 4,5 respektive 4,9 poäng. För gruppen "övriga" har Pfizer erhållit 5 poäng avseende bägge underkriterierna, medan GSK har erhållit 4,5 respektive 4,9 poäng. GSK har således fått en fördel i upphandlingen till följd av att myndigheterna har avvikit från givna förutsättningar. Vid en korrekt genomförd utvärdering skulle GSK ha erhållit 4 poäng för bägge underkriterierna för såväl gruppen "prematurna" som för gruppen "övriga". En korrekt utförd utvärdering i enlighet med vad upphandlingsunderlaget stadgar skulle därmed innebära att Pfizer erhåller högre poäng än GSK och att Pfizer skulle tilldelas kontrakt.

Eftersom det inte har funnits något utrymme för att tilldela poäng med tiondelar har myndigheterna agerat i strid med principerna om likabehandling och transparens i LOU. Bristen i upphandlingen är hänförlig till myndigheternas utvärdering av anbuden, varför rättelse av den felaktiga utvärderingen bör ske på så sätt att en ny utvärdering genomförs. Vid en ny utvärdering av anbuden bör de tidigare uppmärksammade skillnaderna i kvalitet mellan de två offererade vaccinerna beaktas, dvs. skillnader avseende serotypsinnehåll, mängd aluminium och förvaringsbetingelser. Det finns även kvalitetsskillnader mellan vaccinerna avseende underkriteriet terapeutiska indikationer, vilka myndigheterna inte har uppmärksammat vid den tidigare utvärderingen. Dessa består i att Pfizers vaccin Prevenar 13 dels är unikt med indikationen pneumoni, dels kan ges till ett bredare åldersspann än Synflorix (indikationer för Prevenar omfattar åldern 6 veckor till 17 år samt från 50 år och äldre). En förnyad utvärdering enligt heltal och med beaktande av angivna kriterier skulle således klart utfalla till Pfizers fördel.

Om förvaltningsrätten skulle finna att det inte är möjligt att rätta myndigheternas överträdele av LOU, bör upphandlingen i relevanta delar göras om. Det sätt på vilket upphandlingsunderlaget har tillämpats har gjort det omöjligt för anbudsgivare att på förhand förstå hur poängsättning skulle komma att ske vid utvärdering av anbuden och det har inte på något sätt angivits vilka kriterier som gäller för att erhålla poäng med en viss tiondelsnivå. Detta har inneburit att myndigheterna vid utvärderingen haft ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar samt att det inte i efterhand har varit möjligt att kontrollera att utvärderingen har skett på objektiva grunder utifrån uppställda förutsättningar. Detta strider mot de grundläggande principerna i LOU, varför upphandlingen rätteligen ska göras om.

Vid en utvärdering av anbuden i enlighet med i upphandlingsunderlaget definierad utvärderingsmodell, skulle Pfizer ha erhållit högre poäng än GSK avseende de aktuella positionerna. Detta skulle i sin tur ha medfört att

bolaget tilldelats kontrakt. Pfizer har således lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av myndigheternas överträdelse av LOU. Myndigheterna har vidare tillämpat utvärderingsmodellen på ett sätt som har gjort det omöjligt att utläsa hur poängsättning av anbuderna skulle komma att gå till. Detta har inneburit att Pfizer saknat möjlighet att fullt ut förstå hur angiven utvärderingsmodell skulle komma att fungera, och har hindrat Pfizer från att kunna beakta detta i utformningen av sitt anbud. Det kan därmed inte uteslutas att den bristande transparensen i detta avseende har påverkat utfallet i upphandlingen, eftersom det finns en möjlighet att Pfizer hade utformat sitt anbud annorlunda om samtliga förutsättningar varit kända på förhand. Pfizer har således lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av den bristande transparensen.

#### Myndigheterna

Myndigheterna anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Bolagets vaccin Prevenar 13 och konkurrentens vaccin Synflorix har bedömts i enlighet med i förfrågningsunderlaget fastställd utvärderingsmodell. Att förfrågningsunderlaget inte skulle ge utrymme för en mer nyanserad bedömning än med heltal bestrids.

Om rätten skulle komma fram till att så trots allt är fallet, kommer den kvalitativa bedömningen av Synflorix ändå att utmynna i högsta betyg. Om de båda anbuderna bedöms enligt en heltalsmodell har bolagets konkurrent det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med i förfrågningsunderlaget fastslagna utvärderingsmodell. Utvärderingsmodellen stadgar att bedömning utöver pris ska grunda sig på de båda vaccinen medicinska och farmaceutiska ändamålsenlighet. Beträffande bedömningen av betydelsefulla skillnader i ändamålsenlighet mellan de båda konkurrerande vaccinerna kan konstateras följande. Den pågående vetenskapliga diskussionen avseende eventuella effektskillnader mellan Prevenar 13 och

Synflorix har inte påvisat att serotypsinnehåll har någon större betydelse. Det förhållandet kan definitivt inte ta någon utgångspunkt i en bedömning som är bunden av en heltalsmodell i enlighet med vad bolaget anför. Beträffande den farmaceutiska ändmålsenligheten kan anföras att inte heller förvaringsbetingelserna har någon större betydelse. Personal som vaccinerer behöver inte ha vaccinet framme mer än inför vaccination, och då ligger det i förpackningen. Myndigheterna kan inte se att en skillnad i farmaceutisk ändamålsenlighet, som motiverar något annat än samma betyg för kriteriet, är för handen.

Att många andra landsting använder Synflorix ska ses som en omständighet som talar för att kvalitetsskillnaden mellan de båda konkurrerande vaccinen, i enlighet med denna upphandlings förfrågningsunderlag och andra upphandlande myndigheters bedömningar, är mycket liten eller svår att fastställa, trots den inte obetydliga prisskillnaden om 82 kr per dos.

#### Pfizer AB

Bolaget, som har begärt att få yttra sig, redogör härefter för kvalitetsskillnader mellan Synflorix och Prevenar 13 och anger vidare att det av förfrågningsunderlaget framgår att andra landstings användande av Synflorix inte är en omständighet att beakta vid utvärderingen.

#### DOMSKÄL

##### Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).



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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget gör huvudsakligen gällande att myndigheterna felaktigt tillämpat den i förfrågningsunderlaget beskrivna utvärderingsmodellen genom att använda annat än heltal vid tilldelning av poäng.

I bilaga 3 Utvärdering punkten 1.1 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Den totala max-poängen är fem (5), lägst poäng är noll (0), då kraven inte alls uppfylls.

Definition av poängskalan. Den poäng som är angiven är den högsta anbudsgivaren kan erhålla om denne uppfyller börkravet fullständigt. Poängskalan går från 0 till den angivna max-poängen. Totala max-poängen är 5 poäng enligt följande skala om inget anges:

5 = mycket bra, uppfyller våra önskemål med råge, ger stort mervärde

4 = bra, tillgodoser våra behov och önskningar, ger ett visst mervärde

3 = acceptabel, ger dock inget mervärde

2 = mindre bra, vissa kvalitets-/funktionsbrister

1 = dåligt, stora kvalitetsbrister, sämre än vi hade förväntat oss

0 = Inget svar, mycket dåligt, markanta kvalitetsbrister, mycket sämre än vad vi hade önskat oss.

Beskrivningen av poängsättningen kan enligt förvaltningsrättens mening ge ett visst utrymme för en sådan tolkning som myndigheterna framfört.

Genom skrivningen "poängskalan går från 0 till den angivna max-poängen" finns ett utrymme för att tilldela poäng även med decimaltal.

Dock anser förvaltningsrätten att det klart framgår av ordalydelsen i den fortsatta texten i förfrågningsunderlaget, där hela tal och därtill angivna kriterier anges, att det endast är heltal som kan tilldelas vid poängsättning-

en. Därutöver anser förvaltningsrätten att myndigheternas tillämpning, genom decimaltal, utan ytterligare precisering i förfrågningsunderlaget avseende vad som ska uppfyllas för en sådan skala, riskerar att ge myndigheterna obegränsat utrymme för fritt skön vid jämförelsen av enskilda anbud. Sådan tillämpning av utvärderingsmodellen får anses stå i strid mot både transparensprincipen och likabehandlingsprincipen i LOU.

Såvitt framgår har, såsom bolaget anför, utvärderingsmodellen i det angivna förfrågningsunderlaget tillämpats med heltal vid poängbedömningen i en annan del av samma upphandling. Detta talar för att myndigheterna bort ha tillämpat modellen på samma sätt, dvs. poängsättning med heltal, även i positionerna med ATC-kod J07AL02 och J07AL52 för grupperna "prematura" samt "övriga".

Myndigheternas förfarande i upphandlingen får anses ha medfört att Pfizer har lidit eller kan komma att lida skada.

Eftersom bristerna i upphandlingen är hänförliga till utvärderingsskedet anser förvaltningsrätten ett förordnande om ny utvärdering i upphandlingen som en tillräcklig åtgärd. Vid förnyad utvärdering ska således myndigheterna använda heltal vid poängbedömningen i enlighet med utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser att det åligger de upphandlande myndigheterna att göra den förnyade utvärderingen, och inte förvaltningsrätten som första instans. Ansökan bör därför bifallas i enlighet härmed.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1B LOU)

Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målen har varit föredraganden Henny Johansson.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

**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.

