



**LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN**

Länsrättsnotarien J Machuca

DOM
2009-06-08
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
643-09 E

SÖKANDE

CSL Behring AB, 556530-1974
Box 712
182 17 Danderyd

MOTPARTER

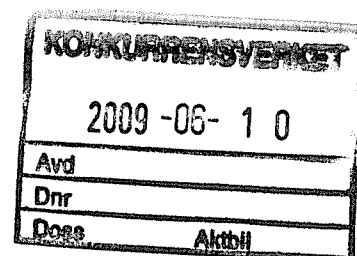
1. Jämtlands läns landsting
Box 654
831 27 Östersund
 2. Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand
 3. Norrbottens läns landsting
971 89 Luleå
 4. Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå
- Ombud för 1-4: Sören Lanner
Ledningsstaben Upphandling
Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Landstinget Västernorrland, Jämtlands läns landsting, Västerbottens läns landsting och Norrbottens läns landsting (landstingen) har infordrat anbud på rekvisitionsläkemedel och läkemedelsnära produkter för Norra Regionen och har beslutat att anta anbud i enlighet med tilldelningsbeslut. Upphandlingen genomförs enligt öppet förfarande.

CSL Behring AB (CSL) ansöker i länsrätten om överprövning av upphandlingen och yrkar enligt följande. I första hand yrkas att länsrätten ska besluta att landstingens upphandling gällande ATC-koderna J06BA01 och J06BA02 ska rättas innan upphandlingen får avslutas på så sätt att Oc-



Dok.Id 52476

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611-34 98 00 E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se	0611-34 98 10	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

tapharma Nordic AB:s (Octapharma) samt Baxter AB:s (Baxter) anbud ogiltigförklaras. I andra hand yrkas att upphandlingen avseende ATC-koderna J06BA01 och J06BA02 ska avbrytas och göras om. Som skäl anförs i huvudsak följande. Octapharma uppfyller inte skallkravet avseende anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning, då Octapharma inte bifogat en rapport från Upplysningscentralen eller liknande som påvisar en stabil ekonomi med låg riskklassificering. Octapharmas anbud innehåller förvisso en kreditrapport från D&B men rapporten gäller Octapharma AB (556550-4833). Octapharma Nordic AB har därmed inte uppfyllt skallkravet varför anbudet inte ska utvärderas. Som skallkrav ställs även att anbudsgivaren ska styrka sin tekniska förmåga och kapacitet. Som bevis ska anbudet innehålla en beskrivning av anbudsgivaren som bl.a. innehåller inriktning och affärsidé. Octapharmas anbud saknar affärsidé och uppfyller således inte skallkravet. Delar av Octapharmas anbud är avfattat på engelska, vilket också strider mot skallkravet att anbudet ska vara avfattat på svenska. Baxter har underlåtit att bifoga certifiering eller ange webbadress och någon möjlighet ges inte att i Baxters anbud kontrollera påståendet att Baxter är certifierat enligt ISO 14001. Inte heller de organisationer som i Sverige arbetar med ISO-certifiering av företag känner till Baxter som certifierat företag. Baxter har därför inte uppfyllt skallkravet i förfrågningsunderlaget om miljösystem. Baxter uppfyller inte heller skallkravet om anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet eftersom Baxters anbud saknar affärsidé och uppgifter om säljorganisation. – En förutsättning för en rättvis utvärdering är att de poäng CSL erhållit i upphandlingen i så liten utsträckning som möjligt påverkas av konkurrerande anbud. Landstingen utvärderar sortimentsbredd vilket leder till att de poäng ett anbud erhåller står i direkt förhållande till konkurrenternas anbud. Det är med andra ord omöjligt att på förhand veta vilka poäng ett anbud kan tänkas erhålla. Detta strider mot intentionerna i transparensprincipen och LOU. Landstingen har inte kunnat uppvisa ett utvärderingsprotokoll där det beskrivs hur poängfördelningen gjort inom samtliga utvärderingskriterier. Det saknas en

beskrivning i förfrågningsunderlaget av hur poängen ska fördelas mellan de olika utvärderingskriterierna varför stort utrymme lämnas för godtycklig poängfördelning. Detta strider mot intentionerna i transparensprincipen och LOU. – I bilagan till uppställda miljökrav framgår en rad skallkrav. Kraven kontrolleras i och med kvalificeringen av anbud och ska särskiljas från utvärderingsfasen. Bilagan inleds med ”Bilaga 3 skall fyllas i och lämnas med anbudet”, vilket pekar än mer på att bilagan har med kvalificeringen av anbud att göra. Det är av de instruktioner som ges i förfrågningsunderlaget omöjligt att avgöra vilka frågor som ska utvärderas enligt miljökriteriet, vilket strider mot LOU. Endast en fråga i bilagan innehåller ordet bör och kan således möjligen tolkas som ett utvärderingskriterium. – Genom angivna brott mot LOU har CSL fråntagits möjligheten att utses till leverantör under avtalstiden. CSL riskerar därmed att lida skada om den upphandlande myndigheten tecknar avtal i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Landstingen bestrider bifall till CSL:s ansökan och anför i huvudsak följande. Kravet som ställts att anbudsgivaren ska komma in med kreditrapport från UC eller liknande uttrycker inget explicit krav på att rapporten ska avse specifik association hos leverantören. I stället avses ett bevis på ekonomisk stabilitet, oaktat vilken association som avser trygga densamma. Landstingen har med beaktande av Octapharma Nordic AB:s anbud inte kunnat komma till någon annan slutsats än att bolaget kan påvisa erforderlig ekonomisk stabilitet. Av Octapharmas anbud och bifogade kreditrapport kan utläsas att den ekonomiska stabiliteten beträffande koncernmodern Octapharma Nordic AB är ”tillfredsställande”. Landstingen har beaktat omdömet samt därtill hämtat in en UC-rapport avseende Octapharma Nordic AB som påvisar en mycket tillfredsställande ekonomisk stabilitet med rating 5. – I förfrågningsunderlaget ställs inte krav på att anbudet ska innehålla någon affärsidé. Kravet syftar däremot till att säkerställa att anbudsgivaren har en affärsidé, vilket det torde stå klart att Oc-

tapharma och Baxter har. Vidare är Octapharmas anbud avfattat på svenska dock med inslag av engelskt språkbruk. Förekomsten av engelskt språkbruk kan enligt landstingen inte medföra att Octapharmas anbud ska förkastas. – Det är i och för sig riktigt att Baxter vare sig bifogat kopia av certifiering eller angett webbadress där information om miljöcertifiering finns tillgänglig. Baxter har dock i bilaga avseende miljöarbete, intygat förekomsten av ISO-certifiering enligt ISO 14001. Någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera riktigheten i uppgifter som lämnats framgår vare sig av LOU eller praxis, förutsatt att omständigheterna inte ger anledning att ifrågasätta leverantörens uppgifter. Några sådana omständigheter kan enligt landstingen inte anses ha förelegat. – Landstingen anser att Baxter förmått uppfylla kravet avseende beskrivning av sin säljorganisation sett till anbudet som sin helhet. – Vad gäller utvärderingen utifrån sortimentsbredd anser landstingen att den typen av relativ modell för utvärdering som tillämpats i och för sig medför att anbudsgivarnas erhållna poäng är en direkt produkt av andra anbuds uppfyllnadsgrad. Det bör dock framhållas att detta i sig, enligt kammarrättspraxis, inte kan anses medföra att transpararensprincipen åsidosatts.

I yttrande till länsrätten har CSL anfört bl.a. följande. Att landstingen på egen hand har hämtat in UC-rapporter avseende Octapharma utgör i sig ett brott mot LOU eftersom landstingen därmed otillbörligt gynnat Octapharma genom att de facto bistå bolaget med att komplettera ett ofullständigt anbud. Vad gäller kravet på affärsidé torde alla registreringsbevis innehålla uppgifter om bolagets verksamhet, varför kravet på angivande av affärsidé i praktiken hade varit meningslöst om med detta endast avsågs den verksamhet som respektive bolag ska bedriva enligt sin bolagsordning. När det gäller kravet att anbudet ska vara avfattat på svenska finns ingen godtycklig gräns där det kan vara acceptabelt att vissa delar av anbudet avfattats på annat språk än svenska. Det betvivlas att landstingen hade accepterat ett anbud som delvis var avfattat på exempelvis litauiska eller grekiska. Att

blott intyga förekomsten av ISO-certifiering enligt ISO 14001 utan att ge in något certifikat kan vidare knappast vara tillräckligt. Det är inte fråga om att kontrollera några uppgifter, men däremot fråga om bristande uppfyllelse av ett krav på ingivande av certifikat respektive angivande av webbadress där information finns tillgänglig. När det gäller transparensprincipen framgår det inte av förfrågningsunderlaget att en relativ modell skulle tillämpas vid utvärderingen. Under alla förhållanden måste den upphandlande myndigheten öppet redovisa hur poängfördelningen har skett.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av punkten obligatoriska krav (2.1.) i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter i upphandlingen framgår bl.a. följande. "Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns skall. Förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda." Av punkten "Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning" (2.4.2.) i de administrativa föreskrifterna framgår följande:

Anbudsgivaren skall ha en stabil ekonomi med låg risk att komma på obestånd under upphandlingsperioden, (lägst riskklassificering 3 i rapport från Upplysningscentralen eller motsvarande). Som ett bevis på detta skall anbudsgivaren bifoga en

rapport från Upplysningscentralen (UC) eller liknande som påvisar en stabil ekonomi med låg riskklassificering.

Av punkten ”Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet” i de administrativa föreskrifterna (2.4.3.) framgår följande:

Anbudsgivaren skall styrka sin tekniska förmåga och kapacitet. Som bevis skall anbudet innehålla en beskrivning om anbudsgivaren som innehåller placeringsort, personalresurser inom produktområdet, ledningsorganisation, säljorganisation, inriktning och affärsidé samt hur länge anbudsgivaren har arbetat inom produktområdet. Anbudsgivaren bör lämna referenser som bestyrker uppgifter om förmåga och kapacitet. Vi förbehåller oss vid behov att själva söka referenser.

Av bilaga 2 till förfrågningsunderlaget, ”Information om leverantörens eget miljöarbete”, framgår att leverantörens miljöledningssystem och miljödokument ska redovisas genom att sätta kryss i den eller de rutor som finns i bilagan, om miljöledningssystem eller miljödokument finns. Om information finns tillgänglig på Internet, ska webbadress anges alternativt kopia på certifiering bifogas.

Länsrätten gör följande bedömning.

CSL har i första hand yrkat att upphandling gällande ATC-koderna J06BA01 och J06BA02 ska rättas innan upphandlingen får avslutas på så sätt att Octapharmas samt Baxters anbud ogiltigförklaras. Länsrätten prövar därför i första hand frågan om rättelse.

CSL har anfört att Octapharmas samt Baxters anbud inte uppfyller samtliga skallkrav som ställts i upphandlingens förfrågningsunderlag. 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 överhuvudtaget 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 förfråg-

ningsunderlaget. Av utredningen i målet framgår att bolaget Octapharma Nordic AB lämnat anbud i upphandlingen men att den kreditrapport som bolaget gett in i upphandlingen avser Octapharma Nordic AB:s dotterbolag Octapharma AB. Den upphandlande myndigheten har anfört att det av kreditrapporten gällande Octapharma AB också gick att utläsa att Octapharma Nordic AB:s ekonomiska stabilitet var tillfredsställande. Mot bakgrund av skullkravet i förfrågningsunderlaget, där det bl.a. framgår att anbudsgivaren ska påvisa en stabil ekonomi med låg riskklassificering med en rapport från Upplysningscentralen eller liknade, anser länsrätten att rapporten som företes ska avse anbudsgivaren och inte något annat bolag, oavsett om detta bolag ingår i samma koncern som det anbudsgivande bolaget. Uttrycket "eller liknade" torde enligt länsrätten syfta på andra kreditinformatörer än Upplysningscentralen. Länsrätten anser därmed att Octapharma inte uppfyllt det ovan nämnda skullkravet, varför Octapharmas anbud gällande ATC-koderna J06BA01 och J06BA02 skulle ha förkastats. Genom att utvärdera Octapharmas anbud i denna del trots att Octapharma inte uppfyllt de obligatoriska skullkraven har landstingen brutit mot 1 kap. 9 § LOU, vilket medfört att CSL lidit eller kan komma att lida skada. Mot bakgrund härav ska CSL:s förstahandsyrkande avseende Octapharma bifallas, varför länsrätten inte ser någon anledning att pröva övriga yrkanden avseende Octapharmas anbud.

CSL har anfört att Baxter inte uppfyllt skullkraven avseende miljöledningssystem och miljödokument genom att inte ha bifogat certifiering om ISO 14001, som Baxter uppgett att bolaget har. Landstingen har vitsordat att Baxter vare sig bifogat kopia av certifiering eller angett webbadress där information om miljöcertifiering finns tillgänglig. Länsrätten konstaterar att Baxter uppgett att bolaget är certifierat enligt ISO 14001, vilket i sig inte är ett skullkrav för att anbudet ska värderas. Länsrätten bedömer dock att det mot bakgrund av skullkravets utformning får anses krävas att det bolag som uppgett sig vara certifierad även bifogar certifieringen alterna-

tivt anger en webbadress där information om certifieringen finns tillgänglig. Det är i målet ostridigt att Baxter inte lämnat några sådana uppgifter, varför Baxter inte uppfyllt skullkravet. Baxters anbud skulle därför inte ha utvärderats avseende ATC-koderna J06BA01 och J06BA02. Genom att utvärdera Baxters anbud i denna del trots att Baxter inte uppfyllt de obligatoriska skullkraven har landstingen brutit mot 1 kap. 9 § LOU, vilket medfört att CSL lidit eller kan komma att lida skada. Mot bakgrund härav ska CSL:s förstahandsyrkande avseende Baxter bifallas varför länsrätten inte ser någon anledning att pröva övriga yrkanden avseende Baxters anbud.

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att landstingens upphandling gällande ATC-koderna J06BA01 och J06BA02 ska rättas innan upphandlingen får avslutas på så sätt att Octapharmas och Baxters anbud avseende ATC-koderna J06BA01 och J06BA02 förkastas.

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


Anita Enocksson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Sundsvall.

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.