



**LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN**
Avdelning 1
Christian Härdgård

DOM
2009-09-28
Meddelad i
Malmö

Mål nr
6345-09 E

KLAGANDE

Carmel Pharma Aktiebolag, 556533-7648
Box 5352
Göteborg

Ombud:
Advokat Johan Carle
Advokat Tomas Kjellgren
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

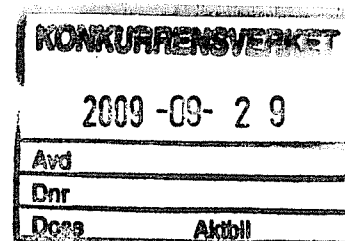
Ombud:
Advokat Mikael Karlsson
Jur. kand. Katerina Strömsholm
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår yrkandet om ingripande enligt LOU.



Dok.Id 238134

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: lansratteniskane@dom.se	040-97 24 90	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Region Skåne genomför en upphandling benämnd ”Injektions-, infusions-, transfusions- och punktionsprodukter”, dnr 0802483, och har enligt tilldelningsbeslut den 18 juni 2009 meddelat att man kommer att teckna kontrakt med Teva Sweden AB (Teva) i den del upphandlingen avser produktgrupp 12. Upphandlingen genomförs med tillämpning av öppet förfarande enligt LOU.

Förutsättningar enligt förfrågningsunderlaget

I bilaga 2.4 till förfrågningsunderlaget under ”Pos 2360-2380 Ställda krav”, anges bl.a. följande bör-krav:

”Bör fungera med aktuella ampuller/flaskor med membran”

Under bedömningsgrunden för detta bör-krav anges följande:

”Ja, 3p – Nej, 0p”

Parternas yrkande och argumentation

Carmel Pharma Aktiefbolag (Carmel) har begärt överprövning av upphandlingen i den del den avser produktgrupp 12 och yrkat i första hand att rättelse ska ske genom att Teva tilldelas 0 poäng vid utvärderingen av aktuellt kriterium och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan har Carmel anfört i huvudsak följande. Region Skåne köper idag in läkemedel inom produktgrupp 12 som levereras i ampuller/flaskor i storlekarna 20, 28 och 32 mm. Det av Teva offererade systemet, TEVAdaptor,

kan emellertid inte hantera ampuller/flaskor i storleken 32 mm. Denna omständighet bör Region Skåne vara väl medveten om, eftersom Teva är en leverantör till regionen. Trots denna brist i förhållande till aktuellt krav på efterfrågade produkts funktionalitet har Region Skåne funnit att Teva uppfyllt ovan angivet bör-krav. Region Skåne har inte haft möjlighet att bortse ifrån storleken 32 mm vid utvärderingen av Tevas anbud, eftersom det saknas stöd för en sådan avvikelse i förfrågningsunderlaget. Teva skulle därför rätteligen, med hänsyn till likabehandlingsprincipen och på det sätt vilket bör-kravet är utformat, erhållit 0 poäng. För det fall Region Skåne fritt skulle kunna få ”plocka” in vilka nuvarande och framtida storlekar som skulle inrymmas i begreppet ”aktuella ampuller/flaskor” får de fri prövningsrätt, vilket inte är förenligt med principen om transparens. Om den tolkning av bör-kravet som Region Skåne förordar i målet skulle ges företräde är därmed tillämpad utvärderingsmodell så otydlig att upphandlingen av denna anledning måste göras om. Carmel har i sitt anbud angett följande: ”Offererade produkter är i enlighet med ställda krav och vissa produkter inom vårt sortiment är därmed ej offererade. Dessa produkter finns givetvis till förfogande att tilläggsavtalas på begäran och vid behov.” ”Inom produktgrupp 12 är endast de Protectorer offererade för vilka motsvarande läkemedelsflaskor används i Region Skåne i dagsläget med betoning på Protector 21 som inom denna grupp står för den stora volymen.” Enligt förfrågningsunderlaget har det varit möjligt för anbudsgivarna att i upphandlingen lämna en tilläggs offert. Det har således varit fel av Region Skåne att, och i strid med principen om likabehandling, inte beakta dessa uppgifter i Carmels anbud vid utvärderingen. Region Skånes felaktiga utvärdering av bör-kravet har medfört att Carmel lidit skada eftersom Carmel hade tilldelats kontraktet vid en korrekt utvärdering.

Region Skåne har motsatt sig bifall till Carmels talan samt anfört i huvudsak följande. Det ställda bör-kravet kan inte tolkas som att systemet bör fungera med samtliga ampuller/flaskor som Region Skåne från tid till an-

nan brukar. Med ”aktuella” avses den typ av ampuller/flaskor som allmänt används för aktuella läkemedel. Bör-kravet kan inte tolkas på annat sätt. Det får anses allmänt känt i branschen att den största delen av antibiotika normalt levereras i ampuller/flaskor av storleken 20 mm. Andra storlekar förekommer, men i mycket liten omfattning. Carmel har offererat produkter som fungerar med ampuller/flaskor i storlekarna 20, 28, och 32 mm. Teva har å sin sida offererat produkter som fungerar med ampuller/flaskor i storlekarna 13, 20 och 28 mm. Region Skåne har uttryckligen föreskrivit på vilket sätt en eventuell tilläggs offert ska göras i anbudet. Carmel har inte lämnat någon tilläggs offert till sitt anbud. Skulle bör-kravet tolkas på det sätt som Carmel föreslår skulle deras anbud inte heller uppfylla bör-kravet. Någon sådan bedömning har Region Skåne emellertid inte gjort eftersom både storlek 13 och 32 mm utgör proportionerligt mycket små volymer. Om Region Skåne skulle ställa ett bör-krav på systemets kompatibilitet med de ampuller/flaskor som utgör en försvinnande liten del av den totala förbrukningen, skulle Region Skåne bryta mot principen om proportionalitet. Båda anbudsgivarna har offererat system kompatibla med den mest frekventa förekommande storleken samt ytterligare två mindre frekventa storlekar och båda anbudsgivarna har tilldelats 3 poäng avseende aktuellt bör-krav. Region Skåne har behandlat Carmels och Tevas anbud lika och tolkat det ställda bör-kravet enhetligt i förhållande till båda anbudsgivarna. Den tolkning av bör-kravet som Carmel förespråkar skulle leda till att Carmels anbud inte uppfyller det aktuella bör-kravet. Carmel har således inte lidit eller kan komma att lida skada.

Länsrättens tidigare beslut i målet.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 26 juni 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas till dess annat beslutas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Länsrättens bedömning

Frågorna som länsrätten har att ta ställning till är om Region Skåne vid sin poängsättning av Tevas anbud handlat i strid mot bestämmelserna i LOU samt om förfrågningsunderlaget, avseende bedömningskriteriet ”Bör fungera med aktuella ampuller/flaskor med membran” och dess utvärderingsmodell, innehåller sådana brister att det strider mot bestämmelserna i LOU. Om länsrätten vid sin prövning av någon av dessa frågor skulle finna att Region Skåne brutit mot LOU har rätten även att ta ställning till om Carmel har lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta.

Länsrätten finner att aktuellt bedömningskriterium och utvärderingsmodell visserligen kunde ha varit lite tydligare utformade. De kan emellertid inte anses vara så pass otydliga att upphandlingen enbart för den sakens skull behöver göras om.

Det avgörande är hur Region Skåne har tillämpat bedömningskriteriet och om anbudsgivarna härvidlag behandlats lika. Enligt rättens mening får Carmels anbud tolkas som om de offererat produkter som fungerar med ampuller/flaskor i storlekarna 20, 28, och 32 mm. Teva har offererat produkter som fungerar med ampuller/flaskor i storlekarna 13, 20 och 28 mm. Båda bolagen har således offererat ett system som är kompatibelt med den mest frekvent förekommande storleken, dvs. 20 mm, samt ytterligare två mindre frekventa storlekar. Bolagens anbud får därför anses vara i huvudsak likalydande och jämförbara. Länsrätten kan härvid konstatera att Region Skåne har kommit att värdera och poängsätta anbuden likadant, dvs. med full poäng. Vid sådant förhållande kan Region Skåne inte anses ha brutit mot bestämmelserna i LOU. Carmels ansökan om överprövning ska därför avslås.

Särskild upplysning

Länsrättens interimistiska beslut från den 26 juni 2009 upphör i och med denna dom att gälla.

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



Jan Bratt



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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.