



**KLAGANDE**

Sanofi Pasteur MSD S.N.C., 392032934  
Box 6023  
171 06 Solna

**Ombud:**

Advokaten Anna Ulfsson Forssell  
Jur.kand. Kristian Pedersen  
Advokatfirman Delphi KB  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Region Skåne  
291 89 Kristianstad

2. Landstinget Blekinge  
371 81 Karlskrona

3. Landstinget i Kalmar län  
Box 601  
391 26 Kalmar

**Ombud för 1-3:**

Regionjuristen Bengt Guldager  
Region Skåne  
291 89 Kristianstad

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

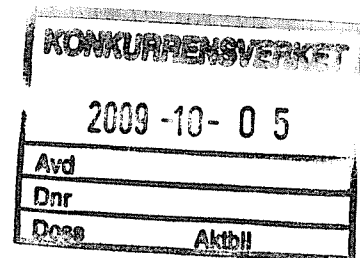
Länsrätten i Skåne läns dom den 26 mars 2009 i mål nr 1078-09, 1092-09  
och 1096-09, se bilaga A

**SAKEN**

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

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.



Kammarrätten avslår överklagandet.

Det interimistiska beslutet den 3 april 2009 ska inte längre bestå.

#### **YRKANDEN M.M.**

Sanofi Pasteur MSD S.N.C. (bolaget) yrkar i första hand att kammarrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att nytt tilldelningsbeslut fattas, i vilket bolaget tilldelas ramavtal för hela den volym som upphandlingen avser. I andra hand yrkar bolaget att rättelse ska ske genom att nytt tilldelningsbeslut fattas i vilket bolaget och Solvay Pharma AB (Solvay) tilldelas ramavtal för lika stora delar av den volym som upphandlingen avser. I tredje hand yrkar bolaget att kammarrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Avseende förstahandsyrkandet anför bolaget bl.a. följande. I en situation som den uppkomna, dvs. när två anbudsgivare har offererat samma pris i en upphandling där principen lägsta pris tillämpas, ska upphandlande myndigheter enligt praxis göra ett val som är affärsmässigt betingat. Ett affärsmässigt betingat val kan enligt praxis baseras på faktorer såsom tidigare erfarenheter av anbudsgivarens genomförda uppdrag och besparade övergångskostnader. Upphandlande myndigheter ska i valet mellan Solvay och bolaget välja bolaget eftersom det valet är affärsmässigt betingat. Genom att inte göra detta har upphandlande myndigheter brutit mot principerna om likabehandling och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har till följd av detta lidit skada.

Vad gäller andrahandsyrkandet anför bolaget bl.a. följande. Upphandlande myndigheter borde i vart fall fördelat volymerna mellan Solvay och bolaget. Bolagen har lämnat lika låga priser och borde rimligtvis ha behandlats lika. Att i stället genom lottning tilldela en av två vinnande anbudsgivare hela volymen strider mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen. Bolaget har till följd av detta lidit skada.

Angående sitt tredjehandsyrkande anför bolaget bl.a. följande. Upphandlande myndigheter har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna likabehandling och transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, genom att i upphandlingen använda sig av ett förfrågningsunderlag som är oklart på så vis att det inte tydliggör hur tilldelning av ramavtal ska ske för det fall flera anbudsgivare har lämnat samma pris när tilldelningskriteriet är lägsta pris. Att lottning skulle komma att användas kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget. Det framgår inte heller hur en eventuell lottning skulle komma att ske. Bolaget har till följd härav lidit skada.

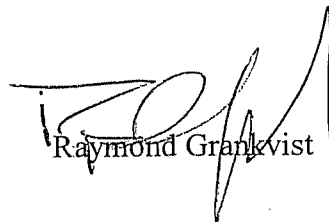
Kammarrätten har den 3 april 2009 förordnat att den i målen aktuella upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE


Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målen till omedelbart avgörande.

Kammarrätten gör samma bedömning som länsrätten. Överklagandet ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga B (formulär 1)




Raymond Grankvist



Birgitta Henriksson  
(skiljaktig mening, se nedan)



Lennart Berglund  
referent



/Marie Andersson

Birgitta Henrikssons skiljaktiga mening

Enligt 1 kap 9 § LOU (2007:1091) 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.

I målet är fråga om upphandlingen har genomförts med iakttagande av de EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därmed i överensstämmelse med 1 kap. 9 § LOU.

Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet samt att samtliga anbudsgivare ska ges lika förutsättningar. Uppställda krav eller annan information i förfrågningsunderlaget får inte frångås. Nya krav eller nya förutsättningar som inte framgår av förfrågningsunderlaget får inte läggas till. Den upphandlande myndigheten bör därför i förfrågningsunderlaget ange hur lika anbud kommer att hanteras.

I förfrågningsunderlaget (punkt B.3) anges att under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kvalificeringskrav och obligatoriska krav kommer det anbud att antas som har lägst offererat pris per dos för garanterad volym. Om mer än en anbudsgivare har lämnat samma lägsta pris per dos för den garanterade volymen, kommer avtal att ingås med den av anbudsgivarna som erbjuder det lägsta priset per dos för optionsvolymen. Efter genomgången utvärdering hamnade både Sanofi Pasteur MSD S.N.C. och Solvay Pharma AB på samma lägsta pris (31 kr/dos) både för den garanterade volymen och för optionen. Eftersom det enligt förfrågningsunderlaget enbart skulle väljas en leverantör har upphandlande myndighet valt att genom lottning välja en anbudsgivare av dessa två och lottningen utföll då till Solvay Pharma AB:s fördel.

I LOU finns inte reglerat vilket tillvägagångssätt som upphandlande myndighet ska använda sig av om två anbudsgivare offererar samma pris och utvärderingsgrunden är lägsta pris och inte heller om lottning är ett tillåtet förfarande. Enligt min mening föreligger dock inget hinder mot att upphandlande myndighet använder sig av lottning för att utse det vinnande anbudet i en sådan situation. Jag anser emellertid att det följer av de EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling att en förutsättning för att lottning ska kunna tillämpas är att detta anges i förfrågningsunderlaget.

En omständighet som talar för att lottning endast bör godtas om det anges i förfrågningsunderlaget är att leverantören då kan ställa krav på att få information om hur lottningen kommer att genomföras. Förfarandet vid lottningen måste vara oantastligt, objektivt och möjliggöra granskning av hur lottningen genomförs. Samma krav bör kunna ställas som vid anbudsöppning ( jfr 9 kap. 7 § andra stycket tredje meningen LOU), dvs. en leverantör ska kunna begära att en opartisk person är närvarande vid genomförandet av lottningen. Sanofi Pasteur MSD S.N.C har vidare anfört att om det av annonsen eller förfrågningsunderlaget hade angetts att lottning skulle kunna komma att tillämpas hade man utformat sitt anbud på ett sådant sätt att den uppkomna situationen inte hade uppstått. Det är vidare möjligt att en leverantör med beaktande av de kostnader och det arbete det innebär att utarbeta ett anbud, väljer att avstå från att lämna ett anbud om ett kontrakt kan komma att tilldelas med utgångspunkt av resultatet av en lottning.

Enligt min mening har upphandlande myndighet genom att använda sig av lottning utan att ange att detta förfarande kan komma att tillämpas brutit mot de EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därmed även mot de krav som uppställs i 1 kap. 9 § LOU. Detta har inneburit att Sanofi Pasteur MSD S.N.C i vart fall riskerat att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. En-

ligt min mening bör länsrättens dom upphävas och beslut fattas om att  
upphandlingen ska göras om. *BA*



**LÄNSRÄTTEN I  
SKÅNE LÄN**  
Avdelning 1  
Anna Klara Brage

**DOM**  
**2009 -03- 26**  
Meddelad i  
Malmö

Mål nr  
1078-09 E  
1092-09 E  
1096-09 E

*Bilaga A*

**SÖKANDE**

Sanofi Pasteur MSD S.N.C, 392032934  
Box 6023  
171 06 Solna

**Ombud:**

Advokat Anna Ulfsson Forssell  
Jur. kand. Kristian Pedersen  
Advokatfirman Delphi KB  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPARTER**

Region Skåne  
291 89 Kristianstad

*mål nr 1078-09 E*

Landstinget Blekinge  
371 81 Karlskrona

*mål nr 1092-09 E*

Landstinget i Kalmar län  
Box 601  
391 26 Kalmar

*mål nr 1096-09 E*

**Ombud:**

Regionjuristen Bengt Guldager  
291 89 Kristianstad

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 213679

**Postadress**  
Box 4522  
203 20 Malmö

**Besöksadress**  
Kalendegatan 6

**Telefon**  
040-35 35 00  
**E-post:** lansratteniskane@dom.se

**Telefax**  
040-97 24 90

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

Avdelning 1

**YRKANDEN M.M.**

Region Skåne, Landstinget Blekinge samt Landstinget i Kalmar län (nedan benämnt Landstingen) genomför gemensamt upphandling av vaccin mot influensa och har enligt tilldelningsbeslut den 19 januari 2009 beslutat att avtal kommer att tecknas med Solvay Pharma AB (Solvay). Upphandlingen administreras av Region Skåne och genomförs med tillämpning av öppet förfarande enligt LOU.

Sanofi Pasteur MSD S.N.C (Sanofi) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske i första hand genom att Sanofi tilldelas ramavtal för hela den volym som upphandlingen avser, i andra hand genom att Sanofi och Solvay tilldelas ramavtal för lika stora delar av denna volym. I tredje hand yrkar Sanofi att upphandlingen ska göras om. Sanofi anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. När två anbudsgivare i en upphandling där utvärderingsgrunden är lägsta pris lämnar samma lägsta pris, ska upphandlande myndighet göra ett val mellan anbuderna som är affärsmässigt betingat. En upphandlande myndighet har således inte en fullständig frihet att fritt välja mellan två likvärdiga anbud. Att i en dylik situation grunda sitt val av anbudsgivare på erfarenheter från tidigare utförda uppdrag är affärsmässigt betingat, likaså att beakta de övergångskostnader det innebär att välja en anbudsgivare som inte tidigare varit leverantör. Nuvarande avtalspart i fråga om leverans av vaccin är SBL Vaccin, vilka Sanofi använder sig av som distributör. Sanofi har i ett nära samarbete med SBL Vaccin försett marknaden med vaccin och täckt upp för SBL Vaccin i de fall bolaget inte har kunnat leverera. Att välja Sanofis anbud hade därför inneburit att extra kostnader och administrativa åtgärder undvikits. Det har härutöver inte framkommit annat än att de upphandlande myndigheternas erfarenheter av Sanofi är mycket goda. Solvay har aldrig tidigare levererat influensavaccin till de upphandlande myndigheterna. Det korrekta hade i den uppkomna situationen därför varit att välja Sanofis anbud. För det fall



Avdelning 1

länsrätten inte anser att Sanofi ensam bör tilldelas ramavtal för hela den upphandlade volymen, bör denna i vart fall delas lika mellan Sanofi och Solvay, eftersom båda bolagen har lämnat ett lika förmånligt anbud. Volymen är inte direkt avgörande för anbudspriset. Vidare har de upphandlande myndigheterna brutit mot principerna om likabehandling och transparens genom att använda sig av ett oklart förfrågningsunderlag. I förfrågningsunderlaget är inte tydliggjort hur tilldelning av kontrakt ska ske i ett fall som det nu förevarande, då mer än en anbudsgivare har lämnat samma lägsta pris både per dos för garanterad volym och per dos för optionsvolymen. Att lottning skulle tillämpas kan varken utläsas av annonsen eller av förfrågningsunderlaget. Det är vanligt förekommande att en situation som den nu aktuella uppstår, dvs. att flera anbudsgivare lämnar samma lägsta pris. I förfrågningsunderlaget borde därför ha angivits hur valet mellan anbudsgivare i en sådan situation skulle gå till. Möjligheten att utforma anbud eller att agera i upphandlingen skulle ha varit väsentligt annorlunda om Sanofi vetat om att lotten skulle komma att avgöra den aktuella upphandlingen. Sammanfattningsvis tillgodoser lottning inte kraven på objektivitet och affärsmässighet och de upphandlande myndigheternas agerande strider mot såväl transparensprincipen som likabehandlingsprincipen.

Landstingen bestrider bifall till Sanofis talan och anför i huvudsak följande. De vaccin som upphandlas ska vara godkända för försäljning för ändamålet i enlighet med läkemedelslagen, men i övrigt finns inget behov av att uppställa särskilda krav på vaccinerna. Enda utvärderingsgrund har således varit lägsta pris, varför det i förfrågningsunderlaget angivits att det anbud kommer att antas som har lägsta pris per dos för garanterad volym. Landstingen har dock beaktat risken för att två anbudsgivare skulle komma att lämna exakt samma pris per dos. I underlaget anges därför att om mer än en anbudsgivare lämnat samma lägsta pris per dos för den garanterade volymen kommer avtal att ingås med den anbudsgivare som erbjuder lägsta pris per dos för optionsvolymen. Att två anbudsgivare skulle komma att

Avdelning 1

lämna samma lägsta pris, både per dos för garanterad volym och per dos för optionsvolymen, har inte kunnat förutses. Då lägsta pris har utgjort utvärderingsgrund har andra kriterier än priset inte kunnat utvärderas. I den uppkomna situationen har inte funnits någon annan möjlighet att skilja de båda anbuden åt än genom lottning. Anbuden har bedömts vara exakt likvärdiga. Det är därför inte mer affärsmässigt att anta det ena anbudet än det andra. Tvärtemot vad Sanofi hävdar har de upphandlande myndigheterna tidigare haft avtal med Solvay. Sanofis förslag att dela på volymen av det som upphandlas är inte möjligt då förändringar i volymen har stor inverkan på priset. Förslaget hade dessutom stridit mot likabehandlingsprincipen, då det inte kan uteslutas att anbudsgivare har avstått från att lämna anbud till följd av den i upphandlingen angivna volymen. I förfrågningsunderlaget är dessutom angivet att endast ett anbud kommer att antas. Vad gäller Sanofis tredjehandsyrkande har upphandlande myndighet stor frihet att välja mellan två likvärdiga anbud. Det är inte nödvändigt att samtliga omständigheter som avgör det slutliga valet framgår av förfrågningsunderlaget. Dessutom hade en uppgift om lottning i underlaget inte påverkat utformningen av anbuden. Avsaknaden av information om hur de upphandlande myndigheterna skulle agera i det fall två anbudsgivare lämnade samma lägsta pris, utgör inte en sådan brist att upphandlingen måste göras om.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 6 februari 2009 förordnat att Region Skåne, Landstinget Blekinge samt Landstinget i Kalmar län inte får avsluta den påbörjade upphandlingen till dess annat beslutas.

### DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunder-

Avdelning 1

laget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

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.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att rätten, i fråga om åtgärder, endast kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först efter rättelse. Länsrätten har således inte möjlighet att i det enskilda fallet förordna om vilken eller vilka anbudsgivare som ska tilldelas kontrakt.

*Lottningsförfarandet som sådant*

Utvärderingsgrunden i den aktuella upphandlingen av influensavaccin har varit lägsta pris. I förfrågningsunderlaget punkt B.3 anges att det anbud kommer att antas som har lägst offererat pris per dos för garanterad volym. Vidare anges att om mer än en anbudsgivare lämnar samma lägsta pris per dos för den garanterade volymen, ingås avtal med den anbudsgivare som erbjuder lägst pris per dos för optionsvolymen. I det nu aktuella fallet har två anbudsgivare som kvalificerat sig till utvärdering, Sanofi och Solvay, lämnat samma lägsta pris både för den garanterade volymen och för optionen. Landstingen har med anledning härav med lottens hjälp beslutat att avtal kommer att tecknas med Solvay. Frågan i målen är inledningsvis om ett sådant förfarande, dvs. att lotta mellan två anbudsgivare som efter korrekt utvärdering bedömts vara helt likvärdiga, står i strid med de grund-

Avdelning 1

läggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Sanofi har i första hand gjort gällande att Landstingen i den uppkomna situationen borde ha beaktat ytterligare omständigheter utöver priset och på så sätt kunnat konstatera att det står i bättre överensstämmelse med bestämmelserna i LOU att välja Sanofis anbud, bl.a. av hänsyn till besparade övergångskostnader och tidigare goda erfarenheter av bolaget. Att beakta andra utvärderingskriterier än priset i ett fall som det nu förevarande, då priset utgör enda utvärderingsgrund, hade inneburit en prövning mot andra kriterier än de som angivits i förfrågningsunderlaget. Enligt länsrättens mening hade ett sådant förfarande därför stått i strid med kravet på likabehandling och transparens. Följaktligen ska enbart priset på influensavaccinet beaktas vid utvärderingen av anbudet. Vad Sanofi anfört i fråga om övriga aspekter att beakta vid jämförelsen mellan Sanofis och Solvays anbud, saknar således betydelse. Vid sådana förhållanden kan länsrätten inte se att det ena anbudet, då Sanofis och Solvays anbudspris varit exakt detsamma både avseende den garanterade volymen och avseende optionen, skulle ha valts framför det andra. Det saknas därför skäl att ifrågasätta valet av Solvay som leverantör som sådan. Vad därefter gäller frågan om den upphandlade volymen i den uppkomna situationen borde fördelas lika mellan de båda anbudsgivarna, är det i förfrågningsunderlaget angivet dels vilken volym som efterfrågas av anbudsgivarna, dels att endast ett anbud kommer att antas. Det kan inte uteslutas att anbudsgivningen hade sett annorlunda ut, både beträffande vinnande anbudsgivare och potentiella anbudsgivare, om förhållandena varit annorlunda i fråga om vilken volym som ska levereras. Enligt länsrättens mening är förhållandena inte sådana att det kan krävas av Landstingen att i den uppkomna situationen besluta att två leverantörer ska leverera de efterfrågade influensavaccinerna. Sanofis andrahandsyrkande kan därför inte vinna bifall. Med hänsyn till det sagda kan länsrätten inte se att förfarandet som sådant, dvs. att i den uppkomna situationen slumpvis utse en vinnande anbudsgivare genom lottning, innebär ett åsidosättande av bestämmelserna i LOU.

Avdelning 1

*Oklart förfrågningsunderlag*

Vad därefter gäller frågan om förfrågningsunderlaget har varit oklart genom att det häri inte har angivits att lottning skulle komma att tillämpas i det fall flera anbudsgivare lämnade samma lägsta pris, konstaterar länsrätten att det av principerna om likabehandling, öppenhet och förutsebarhet följer att ett förfrågningsunderlag ska vara korrekt och fullständigt och att det ska tydliggöra vilka kriterier och omständigheter som är avgörande för vilken anbudsgivare som kommer att tilldelas kontrakt. Det faller sig dock naturligt att det finns begränsningar i hur detaljerat och informativt ett förfrågningsunderlag kan vara. Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Den omständigheten att det för anbudsgivarna varit okänt att lottning skulle komma att tillämpas i det fallet två anbudsgivare lämnade exakt samma pris, har inte inneburit att vissa anbudsgivare har förfördelats i förhållande till andra anbudsgivare eller att anbudsgivarnas möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud har påverkats. Enligt länsrättens mening kan förfrågningsunderlagets utformning därför inte, på sätt som Sanofi gör gällande, anses utgöra skäl för ingripande enligt LOU.

Mot bakgrund av det anförda finner länsrätten att vad Sanofi anført inte leder till bedömningen att Landstingen har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att det finns skäl för ett ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Sanofis ansökan ska därför avslås.

**Särskilda upplysningar**

Länsrättens interimistiska beslut av den 6 februari 2009 upphör härmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rät-

Avdelning 1

ten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

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



Ola Brändström