



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING

DOM
2010-05-05

Meddelad i
Linköping

Mål nr
136-10
Rotel 8

SÖKANDE

Mundipharma AB, 556554-6198
Mölnaldsvägen 30 B
412 63 Göteborg

Ombud: Jur.kand. Jessica Eijvergård
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

Ombud: Johan Kennemyr
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Östergötlands läns landsting, 232100-0040
Upphandlingscentrum
581 91 Linköping

Ombud: Hannes Olsson
Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

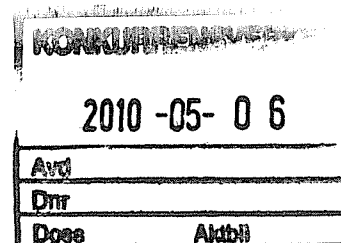
SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet på så sätt att upphandling avse-
ende läkemedel, UH-2009-181, i den del som avser ATC-koden
N02AA05, ska göras om.

Förvaltningsrättens beslut från den 19 februari 2010 upphör därmed att
gälla.



Dok.Id 7303

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

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

YRKANDEN M.M.

Genom tilldelningsbeslut gällande upphandling av läkemedel, UH-2009-181, beslutade Landstinget i Östergötland (landstinget) att anta annan anbudsgivare än Mundipharma AB(bolaget) som leverantör. Upphandlingen genomfördes enligt reglerna om öppet förfarande.

Bolaget yrkar i första hand rättelse med innebörd att en ny utvärdering av anbudet genomförs varvid bolaget ska tilldelas kontraktet. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Som grund anförs att landstinget brutit mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Bolaget anför bl.a. följande. Landstinget har tillämpat annan utvärderingsmodell för ATC-koden N02AA05 än den utvärderingsmodell som angetts i förfrågningsunderlaget och den som publicerats genom "Frågor och Svar". Bolagets anbud har dessutom utvärderats felaktigt. Av landstingets justerade utvärderingsmodell framgår att landstinget vid sin utvärdering ska utgå från ett genomsnittligt pris per tablett i de olika styrkorna 10, 20, 40 och 80 mg. Det framgår av Bolagets beräkning av anbudspriser i enlighet med den tillämpliga utvärderingsmodellen att genomsnittspriset för Bolaget är 3,15 kr och 3,66 kr för det vinnande anbudet. Bolaget har lägst kvot, varför bolaget i enlighet med vad som angivits av landstinget rätteligen ska tilldelas kontraktet. Enligt uppgift har landstinget emellertid frångått den i "Frågor och Svar" angivna modellen för utvärdering. Landstinget har istället utgått från den styrka som enligt den för upphandlingen tillsatta läkemedelsgruppen används mest. Genom att använda sig av en ny utvärderingsmodell har landstinget kommit fram till att annan anbudsgivare har haft lägst pris. Landstinget har lagt till utvärderingskriterier som vare sig går att utläsa av förfrågningsunderlaget eller på annat sätt. Den nya utvärderingsmodellen var direkt avgörande när kontraktet felaktigt tilldelades annan anbudsgivare än bolaget. Hade landstinget istället agerat på ett korrekt sätt, genom att tillämpa den i

”Frågor och Svar”, angivna utvärderingsmodellen, hade kontraktet tilldelats bolaget. – Ändringarna har varit omöjliga för bolaget att förutse. Om bolaget hade haft kännedom om att anbudet skulle utvärderas på det sätt som nu skett, hade bolaget i sin tur haft möjlighet att utforma sitt anbud med hänsyn tagen därtill. I och med Landstingets agerande har bolaget gått miste om den möjligheten och måste anses lida sådan skada som avses i 16 kap 2 § LOU.

Landstinget yrkar att överklagandet ska avslås. För det fall rätten finner att förfrågningsunderlaget har brister vad gäller utvärderingsmodellen yrkar landstinget att upphandlingen görs om endast avseende tilldelningsgrupp N02AA05. Landstinget anför bl.a. följande. Bolagets uträkning av anbudspriser i enlighet med den tillämpliga utvärderingsmodellen för genomsnittspriser är i och för sig riktig. Dock undanhåller bolaget att detta är en beräkning av tablettkostnaden för s.k. slutenvård. Vid en kostnadsjämförelse av vad produkten kostar från och med den dag då patienten skrivs ut, s.k. öppenvård, blir prisbilden 15,77 kr per tablett för bolaget medan motsvarande kostnad hos det vinnande anbudet är 8,90 kr. Kostnaden för läkemedlet har varit avgörande för landstingets beslut i valet av leverantör.

Förvaltningsrätten har den 19 februari 2010, på yrkande av Bolaget, beslutat att landstinget inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutar något annat.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. – En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontrakt som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. – Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. – Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att 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 förfrågningsunderlaget framgår att anbudsprövning ska ske i två steg, (avsnitt 2.4.1). I ett första led, kvalificeringsfasen, bedöms huruvida anbudsgivare uppfyller de uppställda kraven (avsnitt 2.4.2). Utvärdering görs därefter av vilket/vilka anbud som bäst uppfyller utvärderingskriterierna (avsnitt 2.4.3). Inkomna anbud utvärderas enligt principen om lägsta pris. Vid utvärdering kommer landstinget att beräkna kostnaden för behandling av en fiktiv patient och utifrån den dosering som föreslås i Farmaceutiska specialiteter i Sverige (FASS) avseende preparatets huvudsakliga behandlingsområde (avsnitt 2.4.4).

Av ”Frågor och Svar” framgår bl.a. följande.

Fråga: ” Då vi offererar läkemedel till svår smärta såsom vid exempelvis cancer, vilka doser till vilken patient tänker ni då utvärdera. Vilken startdos, dosökning och dositering och under hur lång tid ska patienten behandlas? Om rekommenderad startdos är 10 mg gånger två kommer då styrkan 5 mg att utvärderas?”

Svar: Vid utvärderingen kommer Landstinget att beräkna kostnaden av en fiktiv patient utifrån den föreslagna doseringen i FASS avseende preparatets huvudsakliga användningsområde.”

I publikt svar, via e-post, framgår följande. Landstinget meddelar härmed att utvärdering av gruppen N02AA05 kommer att ske utifrån det genomsnittliga priset på fyra perorala styrkor: 10, 20, 40 och 80 mg. Anbudspriset för respektive styrka summeras ihop och divideras med talet fyra. Den anbudsgivare som har lägst kvot kommer att tilldelas avtalet.

Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. följande. Alla anbudsgivare utom en har gått vidare till utvärderingsfasen. Beslutet, som fattats med stöd av genomförd prövning och utvärdering av inkomna anbud, visar att det an-

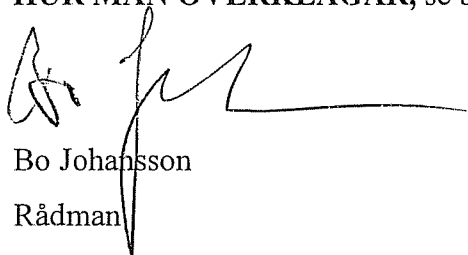
bud som antagits uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav till lägst kostnad.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Upphandlingsprocessen ska bl.a. kännetecknas av transparens, vilket innebär förutsägbarhet och öppenhet för samtliga parter.

Genom att landstinget vid utvärderingen av de kvalificerade anbudena frångått dels den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen, dels den modell som senare publicerats och dessutom inte tydligt informerat anbudsgivarna om hur utvärdering skulle komma att ske, har landstinget brutit i upphandlingsförfarandet (jfr EG-domstolens dom C-532/06 Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl.). Bolaget får anses ha visat att bristerna är sådana att de medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därför. Förvaltningsrätten har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Med hänsyn till att landstinget tillämpat annan utvärderingsmodell för ATC-koden N02AA05 än den som angivits bör upphandlingen i denna del göras om.

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



Bo Johansson
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarie Charlotta Necking.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.