



SÖKANDE

Becton Dickinson AB, 556145-6756

Ombud: Advokat Karl-Arne Olsson
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå KB
Box 7836
103 98 Stockholm

MOTPART

Region Stockholm (tidigare Stockholms läns landsting)

Ombud:
Helena Molander, avdelningschef Juridik
Regionledningskontoret
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-01-31 31	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Stockholm, (tidigare Stockholms läns landsting), här förkortat till Regionen, genomför upphandling av Injektion- och infusionsartiklar SLL470 genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Becton Dickinson AB (Becton) har tilldelats kontrakt för flera positioner men inte för position 285 i avsnitt 5.7 Beredningssystem för läkemedel. För bl.a. position 285 antas endast en leverantör.

Becton ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts avseende position 285, på så vis att B Brauns anbud utesluts och Bectons antas som leverantör, och i andra hand att upphandlingen görs om för den positionen. B Braun har inte uppfyllt två av ska-kraven och att vid utvärderingen bortse från ska-krav strider främst mot transparens- och likabehandlingsprinciperna. B Brauns anbud ska därför rätteligen förkastas och Bectons anbud antas eftersom anbudet har näst lägst utvärderingspris efter B Braun. Om ska-kraven inte ska tolkas som bolaget gjort strider upphandlingsdokumenten i de avseendena mot transparensprincipen och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Becton har inte kunnat bedöma hur ett anbud skulle utformas för att ha möjlighet att vinna positionen. Det har medfört att Becton lider, eller riskerar att lida, skada.

Regionen bestrider ansökan och anser att upphandlingen genomförts på ett korrekt sätt. Prövning av inkomna anbud har genomförts i enlighet med annonserad modell, som har utformats i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna samt LOU. Bolaget lider inte, eller riskerar inte att lida, skada i den mening som avses i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

LOU är en procedurlagstiftning och överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anför, av om den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna för all upphandling liksom övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Förvaltningsrätten kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts under förutsättning att det vid prövningen av ansökan kan bedömas att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan lida skada.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter eller enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Vad parterna anför

Becton

B Braun har till skillnad från samtliga övriga anbudsgivare endast offererat två produkter som inte ensamma medger möjlighet att tillsätta beredning till infusionslösning i samband med infusion. B Brauns anbud uppfyller därmed

inte det tredje ska-kravet eftersom offererade produkter inte innefattar någon tättslutande funktion gentemot patienten. Anbudet uppfyller inte heller det fjärde ska-kravet att anbudet ska utgöra ett komplett tättslutande blandningssystem. Utformningen av kraven avseende position 285 i Kravspecifikationen är oklar och motsägelsefull. Dels anges att anbudet ska omfatta ett "komplett blandningssystem", dels framgår det av Anbudsinfordran att Regionen kan komma att komplettera anbudet med andra delar som behövs för att systemet ska fungera. Detta utgör en motsägelse i sig och möjliggör för en anbudsgivare att lämna ett icke komplett anbud om man vet att Regionen kommer att komplettera anbudet med produkter som redan upphandlats. Det gör det omöjligt för en anbudsgivare att bedöma hur ett anbud ska utformas för att ha möjlighet att nå framgång. Tre av fyra leverantörer har uppfattat kravställningen på det sätt som Becton argumenterar för. Becton och övriga två leverantörer hade också kunnat erbjuda enbart de två komponenter som B Braun vann positionen på, om man uppfattat kravet på det sätt som Regionen argumenterat för i sitt yttrande. Regionens tolkning är emellertid baserad på Anbudsinfordrans beskrivning av utvärderingsmodellen och saknar stöd i Kravspecifikationen. Eftersom tre av fyra leverantörer tolkat kravet på samma sätt har kravet varit otydligt och därmed stridande mot transparensprincipen.

Regionen

Det är inte korrekt att upphandlingsdokumenten brister i transparens och att B Braun inte uppfyller alla av Regionen ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Av Anbudsinfordran framgår det med all tydlighet att position 285 ska bedömas från läkemedelsflaska till fylld 20 ml L-L spruta. En normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare med kunskap om läkemedelsberedning får förutsättas förstå vad det innebär med ett krav på ett *komplett blandningssystem* från läkemedelsflaska till fylld 20 ml L-L spruta. Becton har - medvetet eller omedvetet - sannolikt blandat ihop de

obligatoriska kraven för position 285 med de obligatoriska kraven för position 286 som krävs mot ett slutet system inklusive produkter för injektion och infusion som ska ingå i det slutna systemet, vilket är självklart när man pratar om system för cytostatika och toxiska läkemedel, s.k. CSTD-system. Ingen av positionerna innehåller samtliga produkter som krävs för administration till patienten och dessa har upphandlats på andra positioner i upphandlingen. NIOSH definierar ett slutet system, likt position 285, och ett slutet system drug-transfer device (CSTD), likt position 286. För position 286 har Regionen tydliggjort att det är ett CSTD system som efterfrågas och Becton har tolkat det på samma sätt och offererat ett CSTD-system för denna position. För position 285 har Regionen *inte* efterfrågat ett CSTD-system och inte heller någonstans att exempelvis ett injektionsmembran ska ingå men det är upphandlat på andra positioner. B Brauns offererade och antagna produkt avseende position 285 är godkänd enligt NIOSH definition för slutna system för antibiotikaberedning och offererad enhet är tätslutande. Regionen har i upphandlingsdokumenten tillräckligt tydligt visat på vilket sätt kvalificering och utvärdering går till och förutsättningarna för att lämna anbud. Regionen har inte handlat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna och särskilt inte mot likabehandlingsprincipens krav på ovidkommande hänsyn eller transparensprincipens krav på tydlighet och förutsägbarhet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att det i Anbudsinfordran anges följande avseende utvärdering.

”Slutna blandningssystem godkända för läkemedel med allergena egenskaper (antibiotika) position 285 samt för cytostatika och toxiska läkemedel, position 286 och 287.

Utvärderingen beräknas på totalkostnad för blandningssystem, färdig beredning och administrering, från läkemedelsflaska med halsvidd 13, 20, 28 samt 32 mm med volym 20ml till L-L spruta 20ml.

Om alternativa fattningar för de olika halsvidderna offereras kommer ett snittvärde att tas fram.

Om det inte ingår spruta i offererat system kommer anbudet belastas med nedanstående pris i ovanstående utvärdering:

L-L, 3-komp spruta 1,05 SEK

Behövs andra allmänna ingående delar för att systemet ska fungera förbehåller sig SLL att prissätta dessa vid utvärdering. Prissättning sker i sådana fall enligt SLL:s nuvarande avtalspris.”

Kravspezifikationen för position 285 och 286 är i stora delar likalydande förutom att det första ska-kravet avseende position 285 avser ett *komplett* blandningssystem för antibiotika och för position 286 ett *slutet* blandningssystem för cytostatika och toxiska läkemedel, ett s.k. CSTD-system. Av Regionens yttrande kan förstås att både position 285 och 286 rubriceras som slutna system men ska-kraven omfattar produkter för användning av de olika läkemedlen som respektive position avser. Regionen har framhållit att varken position 285 eller 286 omfattar samtliga produkter som krävs för administration till patienten och att det därför inte är fråga om att B Brauns anbud är ofullständigt och måste kompletteras avseende position 285 för att uppfylla ställt krav, på det sätt som Becton gör gällande. Förvaltningsrätten anser att Becton genom sin argumentation inte har visat att Regionen genom att anse att B Braun uppfyller kraven för position 285 har handlat i strid med transparens- eller likabehandlingsprincipen.

När det gäller Bectons påstående att bolaget inte har kunnat bedöma hur ett anbud skulle utformas för att ha möjlighet att vinna position 285 kan följande noteras. Det fanns möjlighet för leverantörer att ställa frågor under anbudstiden och Regionen skulle lämna skriftliga förtydliganden och/eller kompletteringar senast sex kalenderdagar innan anbudstidens utgång. Det har inte framgått att Becton på grund av tveksamhet om hur upphandlings-

dokumenterna ska tolkas, eller på grund av behov av klargöranden i övrigt, har utnyttjat möjligheten att ställa frågor till Regionen. Förvaltningsrätten finner upphandlingsdokumenten vara tydligt formulerade när det gäller ska-kraven för position 285. Förvaltningsrätten delar Regionens uppfattning att skillnaden i utformning av ska-kraven avseende positionerna 285 och 286 måste ha gett en branschvan leverantör som Becton tillräcklig vägledning för vad som efterfrågades och hur anbudet därmed borde utformas utifrån att det anbud med lägst pris för respektive position kommer att antas.

Sammanfattning

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att Regionen, genom att anta B Brauns anbud för position 285, inte under någon del av upphandlingsförfarandet har agerat i strid med likabehandlings- och transparensprincipen, övriga upphandlingsrättsliga principer eller LOU i övrigt. Becton har därmed inte lidit skada och det saknas skäl att ingripa med stöd av LOU. Bectons ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Eva Pedersen
Rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

