



LÄNSRÄTTEN I
GÄVLEBORGS LÄN
Handläggare: Hild Ekström

DOM
2009-04-24
Meddelad i
Gävle

Mål nr
439-09 E,
447-448-09 E,
456-09 E
Rotel 2

SÖKANDE

Baxter Medical Aktiebolag, 556171-0657
Box 63
164 94 Kista

Ombud: Jur.kand. Johan Kennemyr
Box 1766
111 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Gävleborg
801 88 Gävle

2. Landstinget i Västmanland
721 51 Västerås

3. Landstinget i Uppsala län
Box 602
751 25 Uppsala

4. Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun

Ombud för 1-4: Landstingsjuristen Mats Holmberg
Landstinget i Uppsala län
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

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

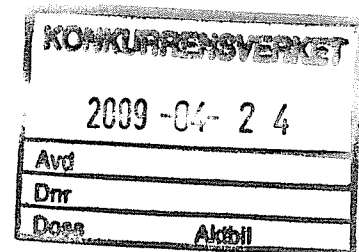
DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen "Rekvisitionsläkemedel och läkemedelsnära produkter" med avseende på ATC-kod B05XC ska göras om.

Länsrätternas interimistiska beslut från den 12 mars 2009 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 43165

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1093 801 35 Gävle	Lantmäterigatan 4	026-17 67 00	026-17 68 90, 026- 17 68 91	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
E-post: lansrattenigavleborg@dom.se				



BAKGRUND

Landstinget Gävleborg, Landstinget i Västmanland, Landstinget i Uppsala län och Landstinget Dalarna (Fyrklövern) inbjöd den 24 oktober 2008 leverantörer att senast den 3 december 2008 lämna anbud i en upphandling gällande "Rekvisitionsläkemedel och läkemedelsnära produkter" med dnr UPPH2008-0052. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsbesked (tilldelningsbeslut 3) meddelades den 2 mars 2009 enligt vilket Fresenius Medical AB antagits som leverantör inom ATC-kod B05XC.

YRKANDEN M.M.

Baxter Medical AB (Baxter), som lämnat anbud, ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts med innebörden att Fyrklövern ska anta Baxter som leverantör inom ATC-kod B05XC. Baxter yrkar vidare att länsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har förordnats av domstol (inhibition). Som grund för sin talan anför Baxter i huvudsak följande. Fyrklövern motiverade sitt beslut med att Baxters produkt inte kunde ges till barn under 11 år och därmed inte uppfyller kravet att kunna ges till alla åldrar. Något sådant skall-krav framgår inte av förfrågningsunderlaget och har heller inte uppställts på annat sätt. Upphandlingen i denna del strider mot de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Överträdelserna av LOU innebär att Baxter riskerar att lida sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU. Förfrågningsunderlaget anger klart och tydligt att för ATC-kod B05XC (vitaminer) gäller utvärderingskriteriet "lägsta pris i SEK, kostnad per dygnsbehov". Vidare framgår att det skall-krav som gäller är att produkten skall dokumenterat vara blandbara med de nutritionspåsar som nyttjas samt ha ett tydligt dokumenterat innehåll av fett- respektive vattenlösliga vitaminer som överensstämmer med normalt dagsbehov. Baxters anbud uppfyller

LÄNSRÄTTEN I
GÄVLEBORGLÄN

DOM

439-09 E,
447-448-09 E
456-09 E

Sida 3

dessa skall-krav och har ostridigt det lägsta priset dvs. kostnad per dygnsbehov. Därav följer att Baxter borde ha antagits som leverantör av aktuell ATC-kod. Vid tilldelningsbeslutet har emellertid Fyrklövern frångått sitt eget förfrågningsunderlag och utvärderat produkten utifrån ett kriterium som inte finns angivet i förfrågningsunderlaget. Det tillagda utvärderingskriteriet är till nackdel för Baxter och medför att Baxter lidit eller kommer att lida skada. I övrigt vill Baxter påpeka att vitaminer och mineraler är produkter som särskiljs för vuxna och för barn och utgör därför skilda produkter. Det gäller även den produkt som Fresenius offererat och som inte heller kan ges till barn. Fyrklöverns förfarande strider således även mot likabehandlingsprincipen. Eftersom felaktigheterna i upphandlingen endast drabbar Baxter går de att läka genom att rättelse sker i enlighet med Baxters yrkande.

Fyrklövern medger Baxters yrkande på så sätt att rättelse sker genom att en ny utvärdering genomförs för läkemedel med ATC-kod B05XC och som bara kan ges till vuxna, dvs. personer över 11 år. För yngre personer ska tilldelningsbeslutet i denna del inte ändras.

Baxter har i den fortsatta skriftväxlingen anfört i huvudsak följande. Baxter vidhåller sitt yrkande om att antas som leverantör inom ATC-kod B05XC. En rättelse i enlighet med Fyrklöverns medgivande skulle medföra en mycket märklig situation som inte är förenlig med LOU. Baxter skulle å ena sidan antas utifrån de uppställda krav och kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Å andra sidan skulle även Fresenius antas, men inte utifrån de krav och kriterier som uppställts för den aktuella upphandlingen, utan med utgångspunkt i ett behov som må vara ack så reellt, men som inte omfattas av förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget ger inte Fyrklövern möjlighet att anta Fresenius anbud. Att anta det anbudet på det sätt Fyrklövern vill göra strider mot principerna om transparens och likabe-

LÄNSRÄTTEN I
GÄVLEBORGS LÄN

DOM

439-09 E,
447-448-09 E
456-09 E

handling. För att rättelsen i den aktuella upphandlingen ska vara korrekt måste den utmynna i att Baxter, efter att ett nytt tilldelningsbeslut har fattats, antas som den enda leverantören inom ATC-kod B05XC. Därefter står det Fyrklövern fritt att i ett helt nytt upphandlingsförfarande upphandla vitaminer till barn under 11 år.

Fyrklövern anför därefter bl.a. följande. Läkemedlet är avsett att ges till alla patienter som har behov därav. Någon begränsning till en viss ålderskategori är inte avsedd enligt förfrågningsunderlaget. Baxter har offererat läkemedel som inte kan ges till patienter under 11 år. Fresenius har offererat två läkemedel som kan ges till patienter över 11 år respektive under 11 år. Båda har ATC-kod B05XC. För läkemedel med ATC-kod B05XC finns för patienter under 11 år endast ett godkänt läkemedel registrerat på den svenska marknaden. Baxter har inte det läkemedlet.

Baxter vidhåller sitt yrkande om att antas som enda leverantör inom ATC-kod B05XC och anför bl.a. följande. Fyrklövern har medgivit att en ny utvärdering ska ske inom ATC-kod B05XC. Det innebär att Fyrklövern redan medgivit att tilldelningsbeslutet var felaktigt och att antagandet av Fresenius inte har skett med utgångspunkt i det utvärderingskriterium som angetts i förfrågningsunderlaget. Samma utvärderingskriterium ska gälla för alla läkemedel inom ATC-koden. Fyrklövern får därför inte inom för den aktuella upphandlingen anta Fresenius anbud inom ATC-koden med mindre det hade haft det lägsta priset. Möjligheten att ge ett offererat läkemedel till en viss ålderskategori har helt enkelt inte uppställts som någon form av förutsättningar eller kriterium för att bli antagen i upphandlingen. Det finns därför ingen möjlighet enligt LOU att skriva kontrakt med Fresenius därför att de har en produkt som kan ges till barn. Ett nytt tilldelningsbeslut måste utmynna i att endast Baxter antas som leverantör inom ATC-

kod B05XC. Det står därefter Fyrklövern fritt att genom ett nytt upphandlingsförfarande upphandla vitaminer som kan ges till barn under 11 år.

Fyrklövern vidhåller sin anställning och tillägger bl.a. följande. Upphandlingen av läkemedel med ATC-kod B05XC omfattar behovet av läkemedel för alla patienter, såväl vuxna som barn. Någon begränsning för att upphandlingen ska omfatta bara vuxna finns inte angiven i underlaget och är inte heller åsyftad. Eftersom de läkemedel som finns registrerade under ATC-koden i Fass har vissa begränsningar åldersmässigt måste landstinget för att kunna täcka sitt behov välja två typer av läkemedel dvs. ett för patienter över elva år och ett för patienter under elva år. För patienter under elva år finns endast ett läkemedel offererat varför någon ny utvärdering i denna del inte behövs.

Länsrätten i Gävleborgs län, Västmanlands län, Uppsala län och Dalarnas län förordnade den 12 mars 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Länsrätten i Västmanlands län, Uppsala län och Dalarnas län har sedermera överlämnat respektive mål till Länsrätten i Gävleborgs län för fortsatt handläggning.

DOMSKÄL

Lagtext

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska 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 12 kap. 1 § LOU framgår följande. En upphandlande myndighet ska 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, leverantörs- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostandseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget ange vilka grunder för tilldelning i kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör, som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

För ATC-kod B05XC vitaminer har följande s.k. skall-krav angivits;

- Skall dokumenterat vara blandbara med de nutritionspåsar som nyttjas.
- Skall ha ett tydligt dokumenterat innehåll att fett- respektive vattenlösliga vitaminer som överensstämmer med normalt dagsbehov.

Det utvärderingskriterium som angivits är lägst pris i SEK, kostnad per dygnsbehov.

Länsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget för aktuell upphandling framgår att det anbud ska antas som har det lägsta priset för vitaminer med ATC-kod B05XC. Enbart priset ska således vara avgörande för valet mellan de leverantörer som uppfyller samtliga uppställda skall-krav. I målet är ostridigt att Baxter uppfyller uppställda skall-krav och är det företag som lämnat det lägsta anbudet. Vid utvärderingen har dock Baxters anbud förkastats med motiveringen att offererade vitaminer inte kan ges till barn under 11 år och således inte till alla åldrar. Någon krav på att vitaminerna ska kunna ges till alla ålderkategori finns inte angivet i förfrågningsunderlaget. Genom att vid utvärderingen beakta ytterligare ett krav som inte framgår av förfrågningsunderlaget har Fyrklövern brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och Baxter har till följd härav lidit skada. Det finns därför grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Baxter har yrkat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts med innebörden att Fyrklövern ska anta Baxter som enda leverantör inom ATC-kod B05XC. Oavsett hur yrkandet har utformats kan länsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Baxter har offererat vitaminer som inte kan ges till barn under 11 år. Fresenius har offererat två olika vitaminer som kan ges till barn över 11 år respektive under 11 år. Båda har ATC-kod B05XC. Det är oklart om anbudsutvärderingen avseende Fresenius anbud även avser vitaminer till barn under 11 år. Av utredningen framgår att det inte möjligt att lämna anbud på en vitaminsort som kan ges till alla åldrar. Förfrågningsunderlaget är otydligt i denna del och av underlaget framgår inte hur en utvärdering ska göras när anbud lämnats på vitaminer för olika åldersgrupper. Den brister som föreligger påverkar upphandlingen av vitaminer på ett sådant sätt att länsrätten finner att den lämpligaste åtgärden är att upphandlingen i denna del görs om.

LÄNSRÄTTEN I
GÄVLEBORGLÄN

DOM

439-09 E,
447-448-09 E
456-09 E

Sida 8

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3103/1 C)



Gunilla Berendt

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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.

Om sista dagen för överklagandet infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- 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 nå 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.