



KLAGANDE

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

Ombud: Advokaten Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionstyrelsens kansli
462 80 Vänersborg

Ombud: Torgny Königson
Västra Götalandsregionen
Regionens hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 18 april 2011 i mål nr 20345-10,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 28 april 2011 upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011 -11- 17	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Baxter Medical AB (bolaget) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, bifaller bolagets ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen av rekvisitionsläkemedel 2011 för VGR – SN 335-10 inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att utvärderingen görs om varvid bolaget tilldelas avtal. Vidare anser bolaget att invändningen att bolaget rätteligen skulle ha uteslutits från upphandlingen ska avvisas eller i vart fall avslås.

Västra Götalandsregionen (regionen) anser att överklagandet ska avslås.

Parterna anför bl.a. följande.

Bolaget

I den aktuella upphandlingen har regionen ett tilldelningskriterium benämnt ”Medicinsk ändamålsenlighet – TPN”. Under detta kriterium finns bland annat underkriteriet ”Innehåll av nutrienter i TPN-sortiment”. Enligt uppgift i förfrågningsunderlaget ska underkriteriet utvärderas genom att offererade produkter ska uppfylla ”rådande kunskapsläge och gällande riktlinjer”. På området finns en europeisk standard benämnd ESPEN Guidelines for parenteral nutrition, innehållande tio stycken riktlinjer för nutricional innehåll för olika patientgrupper. Något senare rådande kunskapsläge eller gällande riktlinjer än ESPEN finns inte i Europa. Trots detta har regionen i sin utvärdering avvikit från ESPEN:s riktlinjer och utvärderat något annat, utan att vare sig i förfrågningsunderlaget eller senare i utvärderingsrapport (eller liknande dokument) ange vad det är som man de facto har grundat sin utvärdering på. Det kan aldrig anses falla inom en upphandlande myndighets handlingsutrymme att bortse från det man själv har formulerat i sitt förfrågningsunderlag och för det första utvärdera något annat än det man har angivit, och för det andra inte ange vad som faktiskt har utvärderats. Detta strider mot principerna om förutsebarhet och transparens.

Regionen har nu i sina uppdaterade lokala riktlinjer hämtat sin standard från ESPEN:s riktlinjer och man hänvisar uttryckligen till riktlinjerna för att få fördjupad information.

Det går fortfarande inte att förstå hur utvärderingen har skett och hur den kan avvika från gällande standard. Det är inte förutsebart vad utvärderingen i stället grundar sig på, när den inte grundar sig på ESPEN:s riktlinjer. Det kan konstateras att bolaget har fått poängavdrag för detta underkriterium trots att bolagets offererade produkter uppfyller samtliga ESPEN:s riktlinjer, medan vinnande leverantör har tilldelats full poäng trots att de produkter som de har offererat inte uppfyller samtliga ESPEN:s riktlinjer. Detta strider mot bland annat de grundläggande principerna om likabehandling, objektivitet, icke-diskriminering och proportionalitet. Denna skillnad i bedömning har inte heller varit transparent och förutsebar.

De grundläggande upphandlingsrättsliga reglerna ställer krav på att det från förfrågningsunderlaget ska gå att utläsa vad som ska utvärderas och hur utvärderingen ska gå till. Ett grundkrav enligt LOU är att europeisk standard ska användas i den mån sådan finns. I förevarande upphandling finns de europeiska riktlinjerna från ESPEN. Eftersom förfrågningsunderlaget inte innehåller någon uppgift om avvikelser från ESPEN:s riktlinjer fordras att utvärderingen sker i enlighet med dessa riktlinjer.

I brist på närmare beskrivning i förfrågningsunderlaget finns ingen annan rimlig tolkning för branschen än att det är de europeiska riktlinjerna som senast publicerats som avses. Det faktum att regionen fortfarande inte har angett vad man i stället skulle mena med skrivningarna talar ytterligare för att bolagets tolkning är den enda rimliga och förutsebara tolkningen. Regionen har därmed i sin utvärdering avvikit från vad man själv skrivit i förfrågningsunderlaget, vilket strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Förfrågningsunderlaget innehåller inte någon skrivning om hur nutritionsinnehållet (nivåer av energi och aminosyror) skulle komma att mätas och utvärderas. Det är just detta som ESPEN:s riktlinjer innehåller. Riktlinjerna uppställer värden för rekommenderat innehåll av energi och protein (amino-syra). Eftersom regionen inte har utvärderat innehållets uppfyllelse på de europeiska riktlinjerna måste den ha utvärderat innehållet på något annat sätt.

Om det skulle vara så att den sammanställning som regionen har gett in i förvaltningsrätten faktiskt har utgjort en del i regionens utvärdering, vilket bolaget i och för sig ifrågasätter, så innebär det ett avsteg från vad som står i förfrågningsunderlaget på det sätt att den sammanställningen saknar varje moment av vetenskaplighet och evidens. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att utvärderingen skulle ske baserat på hur varje påse täcker olika patienters behov per dygn.

Genom att inte tydligt ange i förfrågningsunderlaget hur man avsåg att utvärdera inkomna anbud, utan i stället i förfrågningsunderlaget hänvisa till rådande kunskapsläge och i utvärderingen avvika från den dokumenterade bästa tillgängliga kunskap som finns i form av ESPEN:s riktlinjer, har regionen gått utanför det handlingsutrymme som en upphandlande myndighet har. Regionen har brutit mot vad man själv anger i förfrågningsunderlaget samt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet, likabehandling, objektivitet, icke-diskriminering och proportionalitet. Därmed har LOU trätts för när.

I den aktuella upphandlingen har den vinnande leverantörens anbud tilldelats full poäng i underkriteriet "Sortimentsbredd". Bolaget och vinnande leverantör har tilldelats samma poäng för detta underkriterium trots att bolaget har en större sortimentsbredd, dvs. offererat produkter för ett större patientgruppsbehov. Genom att tilldela dem lika många poäng har regionen behandlat olika anbud lika. Detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Bolagets skada uppgår i vart fall till uppskattningsvis 7,5 miljoner kr (minimivolym enligt förfrågningsunderlaget 35 000/år under den initiala avtals-tiden om 13 månader multiplicerat med av regionen uträknade jämförelse-priset för bolaget på 200,58 kr). Inklusivt förlängningsklausulen om 24 månader uppgår bolagets skada till uppskattningsvis minst 21,5 miljoner kr. I själva verket överstiger regionens förbrukning den i förfrågningsunderlaget angivna miniminivån, varför bolagets faktiska skada är betydligt större.

Det saknas rättslig grund för regionen att i kammarrätten åberopa en helt ny omständighet, nämligen att bolagets anbud skulle ha diskvalificerats, när detta inte varit uppe för bedömning i målet hos förvaltningsrätten. Bolagets yrkande i förvaltningsrätten och numera i kammarrätten är begränsat till att avse att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att utvärderingen görs om. Det enda som kan följa vid kammarrättens bifall till överklagandet är att utvärderingen i upphandlingen görs om för den aktuella ATC-koden. Den dom vilken regionen åberopar saknar för övrigt rättskraft i förevarande mål. Dessutom är domen felaktig.

Regionen

Anbudet från bolaget uppfyller inte samtliga skall-krav i upphandlingen och ska därför inte delta i den slutliga utvärderingen. Ett eventuellt fel vid utvärderingen av anbudet kan inte ha medfört eller riskerat medföra skada för bolaget. Förvaltningsrätten i Göteborg har i dom den 18 april 2011, mål nr 20868-10, funnit att bolagets anbud i den aktuella upphandlingen inte uppfyller de obligatoriska kraven och därför inte ska beaktas. Domen har vunnit laga kraft. Domen gäller visserligen en annan produktgrupp men det av förvaltningsrätten angivna skallkravet avser hela upphandlingen, dvs. även den del av bolagets anbud som nu är föremål för kammarrättens prövning.

Bedömningen av en viss produkts användbarhet och lämplighet kan inte alltid ske enligt en i förväg i detalj utarbetad mätmetod som inte kräver vis-

sa bedömningar. Utvärderingen måste kunna anses ha utförts på ett öppet sätt även om en anbudsgivare inte redan vid anbudets avgivande exakt kan räkna fram en jämförelsepoäng. Att det handlar om ”bedömningar” som ska göras av myndigheterna framgår direkt av texten i LOU.

Bolaget påstår att regionen låtit annat än sakliga omständigheter ligga till grund för bedömningen i utvärderingen och att regionen tagit ovidkommande hänsyn. Det framgår inte vilken den ovidkommande hänsynen är. Bolaget har inte kunnat visa att utvärderingsgruppen gjort någon felbedömning av de produkter som offererats.

I förfrågningsunderlaget, punkt 2.6.3 i inbjudan till anbudsgivning, angavs att de anbud skulle antas som är de för regionen ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till de två huvudkriterierna **1** Medicinsk och farmaceutisk ändamålsenlighet samt **2** Pris. Viktning mellan huvudkriterierna anges under punkt 2.6.3 i anbudsinbjudan till 70 procent respektive 30 procent. Av kravspecifikationen avsnitt 2.3 framgår att medicinsk bedömning skulle baseras på bästa möjliga tillgängliga kunskap (evidens) och dokumenterad klinisk effekt och säkerhet. Underkriterium till huvudkriterium 1 samt viktning mellan dessa preciseras i bilaga 8b till kravspecifikationen. Utvärderingen har gjorts i enlighet med detta.

Bolaget anger som ett grundkrav vid upphandling enligt LOU att europeisk standard ska användas vid utvärderingen i den mån sådan standard finns. I denna upphandling skulle därför enligt bolaget ESPEN:s riktlinjer ha använts. Någon uppgift om att denna standard skulle användas finns inte i förfrågningsunderlaget och är inte heller något krav enligt LOU. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget vilka kriterier som skulle komma att utvärderas och viktningen mellan dessa samt att utvärderingen också skett på angivet sätt. Ingen anbudsgivare bör ha bibringats uppfattningen att någon särskild dokumenterad namngiven standard skulle komma att vara utslagsgivande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Prövningen i kammarrätten är en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Bolaget har argumenterat om att utvärderingen har gått felaktigt till. Bolaget anser att utvärderingen av kriteriet ”Medicinskt ändamålsenlighet – TPN; innehåll av näringsämnen i TPN-sortiment” skulle ha skett enligt de riktlinjer som framtagits av den Europeiska nutritionsföreningen (ESPEN). Eftersom bolagets produkter lever upp till kraven i dessa riktlinjer bättre än vinnande leverantörs produkter borde bolaget ha tilldelats högre poäng i denna del än den vinnande leverantören, vilket skulle ha lett till att bolaget vunnit upphandlingen. Bolaget anför även att utvärderingen av kriteriet ”Sortimentsbredd” är felaktig. Bolaget har en större sortimentsbredd än vinnande leverantör och borde därför ha erhållit högre poäng än vinnande leverantör på detta kriterium. Vidare har bolaget angripit att utvärderingen skett i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens, eftersom det av förfrågningsunderlaget inte framgått hur utvärderingen skulle komma att ske och då regionen fortfarande inte har angett vad man baserat sin bedömning på.

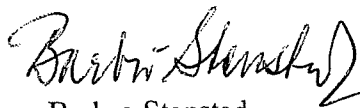
Kammarrätten finner att man av förfrågningsunderlaget varken direkt eller indirekt kan utläsa att utvärderingen av utvärderingskriteriet ”Medicinskt ändamålsenlighet – TPN; innehåll av näringsämnen i TPN-sortiment” endast ska baseras på gällande riktlinjer från ESPEN. Regionen har således ingen skyldighet att basera utvärderingen på ESPEN:s riktlinjer såsom bolaget hävdar. Förfrågningsunderlaget ger vidare, enligt kammarrättens mening, i sig utrymme för att, såsom regionens utvärderingsgrupp gjort, fästa avgörande betydelse vid energi- och aminosyrainnehållet i produkterna. Vad gäller


utvärderingen av kriteriet ”Sortimentsbredd” gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten, dvs. att det inte framkommit annat än att utvärderingen har skett med beaktande av det behov som föreligger inom regionen och att de av vinnande leverantör offererade produkterna uppfyller detta behov. Med hänsyn till det anförda finner kammarrätten att det inte föreligger skäl att besluta om ingripande enligt LOU i form av rättelse av utvärderingen.

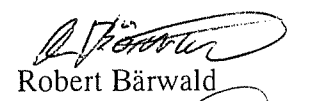

Kammarrätten anser visserligen att förfrågningsunderlagets utformning, vad gäller utvärderingskriteriet ”Medicinskt ändamålsenlighet – TPN; innehåll av nutrienter i TPN-sortiment”, brister i transparens. Bolaget har dock inte omnämnt, och det har inte heller framkommit av utredningen i övrigt, på vilket sätt bolagets anbud hade sett annorlunda ut om denna otydlighet inte förelegat eller hur denna otydlighet på annat sätt medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Bolagets yrkande i målet avser rättelse av utvärderingen och argumenteringen tar enbart sikte på att utvärderingen inte genomförts i enlighet med de krav som ställs upp i LOU. Mot denna bakgrund föreligger inte heller skäl till ingripande enligt LOU på grund av förfrågningsunderlagets utformning.

Vid denna utgång saknas anledning för kammarrätten att pröva regionens invändning om att bolaget rätteligen skulle ha uteslutits från utvärderingen.

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


Barbro Stenstad


Birgitta Henriksson
referent


Robert Bärwald

/Marie Andersson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2011-04-18
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
20345-10 E
Enhet 1:1

Sida 1 (9)

Ab 27

Bilaga A

SÖKANDE

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

Ombud:

Advokaten Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionstyrelsens kansli
462 80 Vänersborg

Ombud:

Torgny Königson
Västra Götalandsregionen
Regionens hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 6 december 2010 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling av Rekvisitionsläkemedel 2011, dnr SN335-2010. Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande och avser ett stort antal s.k. ATC-koder. Av tilldelningsbeslut den 24 november 2010 samt beräkningsmodellen framgår att Fresenius Kabi AB (Fresenius) antogs som leverantör i den del av upphandlingen som avser ATC-kod B05BA10 (nutrition).

Förvaltningsrätten har den 6 december 2010 beslutat att upphandlingen vad avser ATC-kod B05BA10 (nutrition) inte får avslutas innan förvaltningsrätten slutligen prövar upphandlingen eller beslutar något annat.

YRKANDEN M.M.

Baxter Medical Aktiefbolag (Baxter) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen i den del som avser ATC-kod B05BA10 (nutrition) inte från avslutas förrän rättelse vidtas på så sätt att utvärderingen görs om och Baxter tilldelas avtalet.

Baxter anför i huvudsak följande. VGR har handlat i strid med LOU genom att i utvärderingen avseende underkriteriet "Medicinsk ändamålsenlighet -- TPN; innehåll av nutrienter i TPN-sortimentet" tilldela bolagets offererade produkt Olimel poängavdrag trots att den uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget har *inte* varit förutsägbart och transparent vad gäller hur utvärderingen av det aktuella underkriteriet skulle komma att ske. Förfrågningsunderlaget innehåller en skrivning som innebär att utvärderingskriteriet "Medicinsk ändamålsenlighet" skulle baseras på "bästa tillgängliga kunskap (evidens) och dokumenterad klinisk effekt och säkerhet" (Bilaga 1 Volymer till förfrågningsunderlaget, rad 87). Förfrågningsunderlaget innehåller ingen beskrivning av vad

som avses härmed, vilket innebär att den europeiska standarden ska användas vid utvärderingen. För att de fastlagda principerna om transparens och förutsebarhet ska vara uppfyllda fordras att det som tillmäts betydelse, det vill säga värderas, *antingen* tydligt beskrivs i förfrågningsunderlaget *eller* framgår av en allmänt vedertagen standard eller liknande. En standard ska användas om det inte finns objektiva godtagbara skäl att avvika från standarden. Om det finns sådana skäl ska det anges i förfrågningsunderlaget och även vad som ska tillämpas *i stället* för standarden. Något sådant framgår inte av förfrågningsunderlaget. Det får därför uppfattas som att kravet avser att produkterna ska följa ESPEN Guidelines för parenteral nutrition 2009, vilka består av tio stycken guidelines. Olimel uppfyller samtliga tio ESPEN Guidelines för parenteral nutrition. Eftersom de offererade lösningarna uppfyller den europeiska standarden, dvs. ESPEN Guidelines, är innehållet av näringsämnen (aminosyrainnehåll) fullgott och kan täcka behovet hos olika patientgrupper. VGR har därmed felaktigt tilldelat Baxter poängavdrag. Därmed är den utvärdering VGR har gjort såväl medicinskt som upphandlingsrättsligt felaktig.

Det är helt fel att Olimel N9 skulle användas i de flesta fall i den kliniska verksamheten. I stället är det de andra av Baxter offererade produkterna som använts mest i den kliniska verksamheten. Olimel N9 används till de svårast sjuka patienterna som ligger på intensivvårdsavdelningar, där man även använder 24-timmars kontinuerlig parenteral nutrition via 1-literspåsar. Detta är emellertid en mycket liten andel av samtliga vårdenheter. Resterande, den stora andelen patienter på vårdavdelning, får oavsett vikt Olimel N7 eller N4 i olika volymer. Det förefaller uppenbart att VGR inte satt sig in i vilka av de av Baxter offererade produkterna som är lämpliga i vilken situation, utan i sitt yttrande utgått från att i stort sett endast Olimel N9 skulle användas. Om Baxter hade tilldelats rätt poäng i denna del hade bolaget vunnit upphandlingen och tilldelats avtal för här aktuell ATC-kod. Grund föreligger därmed för förvaltningsrätten att förordna att upphand-

lingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på det sätt att utvärderingen görs om och Baxter tilldelas avtalet.

Produkterna i det vinnande anbudet från Fresenius uppfyller bara sex av tio ESPEN Guidelines, varför detta anbud borde tilldelats poängavdrag. Fresenius borde inte heller tilldelas full poäng för kriteriet Sortimentbredd. Fresenius offererade sortiment är begränsat och bl.a. har Fresenius inte offererat någon påse som täcker behovet hos patienter som har ett proteinbehov på mer än 1,3 g/kg/dag. Detta innebär att Fresenius inte offererat någon produkt som följer riktlinjerna för ICU och Surgery. Därmed täcker Fresenius sortiment inte alla patienters behov, vilket har ställts upp som krav i förfrågningsunderlaget. Grund föreligger därmed för förvaltningsrätten att förordna om rättelse på så sätt att Fresenius tilldelas poängavdrag för Sortimentbredd. Baxter skulle därmed, även för det fall förvaltningsrätten inte skulle bifalla Baxters talan vad avser utvärderingskriteriet Innehåll av näringsämnen i TPN-sortimentet, vinna upphandlingen och tilldelas avtal.

VGR bestrider Baxters yrkanden och hemställer att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning och i samband därmed upphäver det interimistiska beslutet.

VGR anför i huvudsak följande. Vid utvärderingen avseende medicinsk ändamålsenlighet och farmaceutisk ändamålsenlighet erhöll Fresenius och Baxter lika hög poäng utom vad gäller "Innehåll av näringsämnen i TPN-sortiment", där poängavdrag gjordes för Baxter. Avdraget motiverades i beslutet på följande sätt: "*Poängavdrag för innehåll av näringsämnen, eftersom aminosyrainnehållet är för lågt i 8 av 9 lösningar för att kunna tillgodose behovet hos många patienter*". Utvärderingen har gjorts beträffande hela sortimentet av lösningar inklusive den som Baxter syftar på, Olimel N9, som har en hög koncentration av aminosyror i förhållande till energiinnehållet. Den av Baxter åberopade texten "rådande kunskapsläge och riktlin-

jer” är en del av beskrivningen av den produkt som VGR efterfrågar under angiven punkt, nämligen en trekammarpåsar som ska kunna tillgodose behovet av nutrienter (kolhydrater, aminosyror och fett) för alla patienter i regionen i enlighet med rådande kunskapsläge och riktlinjer. Vilka kriterier som skulle tillämpas vid utvärderingen anges i anbudsinbjudan punkt 2.6.2 och 2.6.3 samt bilaga 8b till anbudsinbjudan. Vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till angivna kriterier kan ESPEN Guidelines vara ett verktyg. VGR har inte avvikit från den europeiska standarden inom området.

Utvärderingen har gjorts av den sakkunskap som VGR har inom sin verksamhet och av en expertgrupp med hög medicinsk och farmaceutisk kompetens. ESPEN Guidelines är inte en absolut sanning. VGR har haft rätt att i utvärderingen stödja sig på annan dokumentation och nyare rön. VGR har inte använt sig av några kriterier som inte angetts i förfrågningsunderlaget. Vid utvärderingen har VGR utgått från produkternas totala energiinnehåll, innefattande fett, aminosyror och protein. Resultatet har sammanställts i en tabell som belyser det faktiska innehållet av aminosyror (totalmängder) i energimässigt jämförbara påsar. Av Baxters produkter är det endast Olimel N9 som har en tillräcklig halt av aminosyror (men för låg totalmängd) för att användas till flertalet av regionens patienter som är i behov av nutrition via central venkateter. Eftersom Baxter inte erbjuder Olimel N9 i mer än en storlek, så har regionen för övriga påsstorlekar gjort pris- och innehålls-jämförelse med Baxters N7 och N5-påsar. Uppskattningsvis utgör behovet av större påsvolymer inom regionen ungefär 35 procent av den totala upphandlingen av TPN. Till följd av detta måste bedömningen bli att Baxters TPN-sortiment får poängavdrag för sitt innehåll av nutrienter, eftersom Olimel N7 och N5 inte fullt tillgodoser behovet för flertalet patienter. Hade VGR, som Baxter föreslår, använt Olimel N9 i utvärderingen fullt ut, hade kostnadsberäkningen blivit till klar nackdel för Baxters del, eftersom kostnaden för Olimel N9 är betydligt högre än Olimel N5 och N7 för att få

motsvarande energiinnehåll. Det totala priset skulle då inte kunna konkurrera med de andra leverantörernas priser, beroende på att man i många fall måste använda fler påsar per dygn av Olimel N9. VGR har jämfört produkter med likvärdigt energiinnehåll och utgått från att varje påse används under ett dygn, vilket är en normalanvändning och därmed det sortiment som ska passa olika patienters behov. Det måste vara regionen som har bäst möjlighet att bedöma behoven i den egna verksamheten. Vid bedömningen av pris har hänsyn tagits till i vilken omfattning de olika produkterna används. Prisberäkningen har gjorts på det pris per påse som Baxter offererat, utgående från att en påse används under ett dygn. Vad gäller kriteriet Sortimentbredd har den bedömts som likvärdig för de olika leverantörerna. Skäl för poängavdrag finns därför inte. Det framgår också tydligt av förfrågningsunderlaget (Bilaga 8a) att Sortimentbredd utvärderas när det är relevant och att i övriga fall ges maxpoäng.

Vid upphandling av den här typen av varor är det inte möjligt att redovisa en utvärderingsmall där bedömningen kan ske helt mekaniskt utifrån kriterier och viktning. Ett visst mått av professionell bedömning måste alltid ske. De bedömningar av anbuden som gjorts i nu aktuell upphandling har varit icke-diskriminerande och förutsebara för leverantörerna.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

Förvaltningsrätten bedömning

Fråga i målet är om den utvärdering som VGR företagit för ATC-koden B05BA10 (nutrition) och särskilt av underkriteriet ”Medicinsk ändamålsenlighet – TPN; innehåll av näringsämnen i TPN-sortimentet”.

Baxter anser att utvärderingen skulle ha skett enligt de riktlinjer som framtagits av den Europeiska nutritionsföreningen (ESPEN) och att då Baxters produkt uppfyller nämnda riktlinjer har regionen felaktigt tilldelat Baxter poängavdrag, medan det vinnande anbudet som inte uppfyller samtliga riktlinjer borde tilldelats poängavdrag. Därtill menar Baxter att utvärderingen skett i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens, eftersom det av förfrågningsunderlaget inte framgick hur utvärderingen skulle komma att ske.

En upphandlande myndighet har en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. De utvärderingskriterier som används ska vara tydliga och fattbart formulerade där även deras inbördes vikt ska anges. Hur tydligt utvärderingskriterierna kan anges är dock beroende av föremålet för upphandlingen. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra någon egen utvärdering av anbuden utan endast att bedöma om utvärderingen skett i strid med LOU och vad som angivits i förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget med bilagor kan sammanfattningsvis utläsas att poängsättning av aktuellt underkriterium kommer att baseras på innehåll av fett, aminosyra, energi, vitaminer och spårämne samt att sortimentet av trekammarpåsar ska kunna tillgodose *behovet* av nutrierer (kolhydrater, aminosyror och fett) *för alla patienter i regionen* i enlighet med *rådande kunskapsläge och riktlinjer*. I svar på fråga under anbudstiden har VGR klargjort att utvärderingen kommer att ske med hjälp av en särskild utvärderingsgrupp.

Mot bakgrund härav bör det ha stått klart för anbudsgivarna hur utvärderingen skulle komma att genomföras. Att utvärderingen görs efter behovet av nutrierer för alla patienter i regionen, vilket ska bedömas av en utvärderingsgrupp, kan i vart fall inte anses innebära, såsom Baxter anför, att utvärderingen enbart ska baseras på ESPEN:s gällande riktlinjer.

De förhållanden som regionens utvärderingsgrupp funnit utslagsgivande, dvs. energi- och aminosyrainnehållet, är kriterier för utvärdering som framgår av förfrågningsunderlaget och annat har inte framkommit än att utvärderingen härvid skett i enlighet med rådande kunskapsläge och riktlinjer. Upphandlingen kan därför inte med hänsyn härtill anses ha genomförts i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens.

Vad gäller att Fresenius inte borde tilldelats full poäng avseende kriteriet Sortimentbredd har inte annat framkommit än att utvärderingen har skett med beaktande av det behov som föreligger inom regionen och att de av Fresenius offererade produkterna uppfyller detta behov.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad Baxter anför inte utgör skäl för annan bedömning än att utvärderingskriterierna har formulerats i enlighet med LOU och att poängsättningen har skett i överensstäm-

melse med de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Skäl att förordna om ingripande enligt LOU föreligger därför inte, varför ansökan bör avslås.

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



Lars Dahlström

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Fredrik Rogö.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.