



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-02-08
Meddelad i Jönköping

Mål nr
4395-17

1

SÖKANDE

Apoex AB, 556633-4149
Box 6079
102 32 Stockholm

Ombud: Advokaten Martin Levinsohn och biträdande juristen My Becher
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPARTER

1. Statens jordbruksverk
551 82 Jönköping

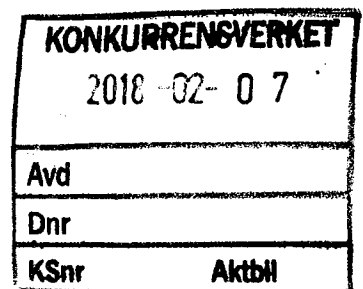
Ombud: Advokaterna Martin Ågren och Maria Karlsson
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

2. Swevet AB, 556621-5843
Verkstadsgatan 8
275 39 Sjöbo

Ombud: Advokaterna Erik Nilsson och Hugo Norlén
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig
upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 250161

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND

Inledning

Jordbruksverket har inlett ett öppet upphandlingsförfarande för tilldelning av ramavtal avseende löpande leveranser av human- och veterinärmedicinska läkemedel (dnr 7.1.11-9772/17). Genom tilldelningsbeslut har Swevet antagits. Apoex har ansökt om överprövning.

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsföremålet

I upphandlingsföremålet ingår att leverantören ska tillhandahålla Distriktsveterinärernas angivna upphandlade sortiment (enligt nettoprislistan) av läkemedel, human- och veterinärmedicin, licensläkemedel, samt kunna ta emot beställningar av extemporeläkemedel. Leverantörens tillhandahållande ska tillgodose Distriktveterinärernas löpande behov av human- och veterinärmedicinska läkemedel i dess verksamhet med vård av djur. Anbud kan endast lämnas på hela upphandlingsföremålet. Endast en anbudsgivare kommer att antas. Det sammanlagda behovet av läkemedel uppskattas till 30 miljoner kr per år. Avsedd avtalsperiod är två år, med möjlighet till maximalt två års förlängning.

Anbudens innehåll och utformning

I avsnitt 4, "Krav på varan" finns föreskrifter om säkerhetskrav och tillstånd under punkt 4.1.1, "Säkerhetskrav och tillstånd". Efter rubriken följer symboler av innebörd "texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas", "texten kommer att publiceras i avtalskatalogen" och "texten kommer att ingå i avtalet". Efter föreskrifterna finns en ruta där det anges att leverantören ska garantera att offererade läkemedel är godkända för försäljning i en-

lighet med läkemedelslagen (2015:315) och uppfyller de krav och bestämmelser som gäller för läkemedel i Sverige.

Föreskrifter om pris finns under punkt 4.1.2, "Pris". Efter rubriken följer symboler av innebörd "texten kommer att publiceras i avtalskatalogen" och "texten kommer att ingå i avtalet". Efter föreskrifterna finns en ruta där det anges "Jag offererar angivna produkter i nettoprisbilagan". Därefter anges "Krav på varan/tjänsten", följt av en symbol med innebörden "frågan är vikta och ingår i utvärderingen", följt av "15 p.". Slutligen anges på nästa rad "Ja önskas". I de nämnda föreskrifterna anges bl.a. följande (inte ordagrant återgivet i alla delar, kursiveringar tillagda av förvaltningsrätten):

Leverantören ska ange pris på angivet sortiment enligt bilagan nettoprislista på läkemedel, human- och veterinärmedicin och licensläkemedel (nettoprisbilagan). *Anbudspris ska anges specificerat för varje position, ex. bruttopris, rabattsats och nettopris.* Leverantören bör i första hand offerera angivna produkter i nettoprisbilagan. *Om leverantören inte kan offerera angivna produkter nettoprisbilagan så kan leverantören ange likvärdiga produkter i kolumnen "Avvikelse".* Vid angiven avvikelse av produkt kommer Jordbruksverket, Distriktsveterinärerna att kontrollera uppgifterna i Fass (Farmaceutiska Specialiteter i Sverige, en sammanställning av läkemedelsfakta från läkemedelsindustrin, förvaltningsrättens anm.) och Vararegistret (nationellt produkt- och artikelregister som E-hälsomyndigheten ansvarar för, förvaltningsrättens anm.). Om oklarheter uppstår kommer Jordbruksverket, Distriktsveterinärerna att kontakta leverantören, som får komma in med ett förtydligande kring angiven avvikelse. *Om en produkt har utgått och inte säljs på marknaden så kan man offerera en ersättningsprodukt i nettoprislistan. Ersättningsprodukter är när innehållet är detsamma, men med ett annat fabriksnamn, och kommer att räknas med i beräkningen av totalsumman i nettoprislistan. Ersättningsprodukter ska anges i kolumnen "Avvikelse".* Priset anges i kolumnen "anbudspris" (brutto) och eventuell rabatt ska anges i kolumnen "Rabatt i %". Om en produkt har utgått och det inte finns någon ersättningsprodukt på marknaden så anges detta i "Avvikelse" och man sätter 0 i kolumnen "Anbudspris".

Uppgifter som ska fyllas i och bifogas anbudet

Nettoprisbilagan (specificerad med produktnamn, varunr, 7–9-ställig ATC-kod [Anatomic Therapeutic Chemical classification system, ett klassificeringssystem för läkemedel, förvaltningsrättens anm.], förpackningsstorlek, bruttopris och rabattsats, totalt pris samt avvikelse). På varje position får endast ett pris lämnas. Om leverantören inte kan erbjuda den angivna förpackningsstorleken, får den erbjuda storleken inte avvika från den angivna med mer än 50 procent. Avvikande förpackningsstorlek ska anges i kolumnen avvikelse. Vid avvikande förpackningsstorlek kommer Jordbruksverket, Distriktsveterinärerna att räkna om den offererade förpackningsstorleken till den angivna. Anbudspris anges per angiven enhet, specificerat för varje position i nettoprisbilagan. *Om inte samtliga artiklar kan offereras så kommer inte anbudet att utvärderas. Detta gäller inte om en produkt har utgått och det inte finns någon ersättningsprodukt på marknaden.* I angivet anbudspris ska eventuella transportkostnader inkluderas. Inga andra kostnader får tillkomma. Offererade produkter ska finnas med i leverantörens ordinarie produktkatalog. Produkten ska inte vara unik för detta anbud, utan kunna köpas av leverantörens övriga kunder. Ordinarie prislista ska finnas tillgänglig via leverantörens hemsida eller annan allmänt tillgänglig källa (t.ex. accepteras inloggning via hemsida).

Vidare regleras prissättningen under punkt 4.1.4, "Övrigt sortiment". Rubriken följs av symboler av innebörd "texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas" och "texten kommer att ingå i avtalet". Därefter föreskrivs bl.a. följande (inte ordagrant återgivet i alla delar):

En rabattsats på leverantörens övriga sortiment ska anges. Leverantören ska till anbudet bifoga en komplett produktlista i Excelformat på leverantörens totala sortiment inom läkemedel, human- och veterinärmedicin. I produktlistan ska det framgå:

- bruttopris (pris per förpackning i kr)
- produktnamn och 7–9-ställig ATC-kod
- förpackningsstorlek
- NPL-packid. (Nationellt produktregister för läkemedel [NPL] är ett register som omfattar alla godkända läkemedel i Sverige, både de läkemedel som säljs på apotek och de som inte marknadsförs för tillfället. Bakom läkemedelsregistret står Läkemedelsverket, Apoteket AB, Läkemedelsförmånsnämnden och Läkemedelsin-

dustriföreningen. Läkemedelsverket ansvarar för registrets utveckling, drift och underhåll, förvaltningsrättens anm.).

Övrigt sortiment som leverantören har lämnat en rabattsats på ska finnas med i leverantörens ordinarie produktkatalog. Produkten ska inte vara unik för detta anbud, utan kunna köpas av leverantörens övriga kunder. Ordinarie prislista ska finnas tillgänglig via leverantörens hemsida eller annan allmänt tillgänglig källa (t.ex. accepteras inloggning via hemsida).

Anbudsprövningen

Utvärdering

Vid utvärderingen kommer det anbud att antas som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Detta prövas enligt följande tilldelningskriterier:

- Jag offererar angivna produkter i nettoprisbilagan
 - Ja=15 p. Nej=0 p.
 - Vikt: 15 procent
- Totalpris från nettoprislistan
 - Bäst: 46 000 000 kr=40 p. Sämst: 54 000 000 kr=0 p.
 - Vikt: 40 procent
- Totalpris från övrigt sortiment
 - Bäst: 550 000 kr=15 p. Sämst: 750 000 kr=0 p.
 - Vikt: 15 procent
- Ange er leveranstid efter beställning
 - Ja, leverans kan ske enligt punkterna 1–5=10 p. Nej, leverans kan endast ske enligt följande redovisning i fritextsvar=0 p.
 - Vikt: 10 procent
- Kan leverantören erbjuda en meriterande person i supportfunktionen ska det till anbudet bifogas en redovisning (inklusive cv) på personen som uppfyller börkravet
 - Ja, vi kan erbjuda en meriterande person=10 p. Nej, jag kan inte erbjuda en meriterande person i supportfunktionen=0 p.
 - Vikt: 10 procent
- Referensgruppens totalpoäng
 - Bäst: 30 poäng=10 p. Sämst: 12 poäng= 10 p.
 - Vikt: 10 procent

Upplysningar om upphandlingsdokumenten

Publicerad fråga och svar nr 20

- Fråga: Under punkt 4.1.2 Pris anges att "Leverantören bör i första hand offerera angivna produkter i nettoprisbilagan". Samtidigt anges "Om leverantören inte kan offerera angivna produkter i nettoprisbilagan så kan leverantören ange likvärdiga produkter i kolumnen avvikelse". Med tanke på att det kan vara stora prisskillnader mellan angiven vara och annan likvärdig vara så måste logiken tydliggöras. Vi kan inte se att börkravet att i första hand offerera angivna produkter på något sätt påverkar Jordbruksverkets utvärdering, varför vår tolkning är att det generellt är fritt fram att offerera likvärdiga produkter, t.ex. rena synonymmer. Är detta korrekt uppfattat?

Exempel: Anbudsgivare 1 offererar angiven produkt i nettoprisbilagan medan Anbudsgivare 2 av något skäl inte anser sig kunna offerera angiven produkt, utan offererar en betydligt billigare synonym vilket gynnar Anbudsgivare 2 vid utvärderingen. Anbudsgivare 1 kommer däremot att missgynnas vid utvärderingen och har ingen som helst fördel av att de facto ha levt upp till börkravet.

- Svar: Då kravet i punkt 4.1.2 Pris är ett börkrav genererar detta ett mervärde i utvärderingen. Om anbudsgivaren avstår från detta mervärde i utvärderingen och istället erbjuder likvärdiga produkter får det stå för anbudsgivaren. Alla behandlas lika med att kunna erbjuda angivna eller likvärdiga produkter i nettoprisbilagan. Ingen missgynnas då valmöjligheten ligger hos leverantören. Jordbruksverkets utvärderingskriterier med tillhörande viktning framgår av bilagan viktningssrapporten.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Fem leverantörer har lämnat anbud. Av dessa har fyra ansetts kvalificerade. Anbudet från Swevet antogs som det kvalificerade anbud som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt. Apoex anbud kom på andra plats vid anbudsvärderingen. Tilldelningskriterierna avseende totalpris från nettoprislistan och referensgruppens totalpoäng har varit avgörande för utfallet: För övriga tilldelningskriterier har både Swevet och Apoex tilldelats maximal poäng.

YRKANDEN

Apoex vill att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, vid vilken anbudet från Swevet ska förkastas.

Jordbruksverket anser att ansökan ska avslås.

Swevet anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Apoex

Inställning

Swevets anbud uppfyller inte upphandlingsdokumentens obligatoriska krav på att godtagbara produkter ska offereras – förutsatt att efterfrågade produkter eller ersättningsprodukter finns på marknaden – på samtliga positioner. Anbudet borde därför rätteligen ha förkastats. Felet i upphandlingen medför att Apoex, som kom på andra plats vid anbudsprövningens utvärderingsdel, lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Utveckling av ansökan

Avseende följande fem positioner i nettoprisbilagan har Swevet inte offererat godtagbara produkter:

1. QN01AX10 – Vetofol vet. 10 mg/ml 5 × 20 ml Injekt Injekt – 089836
2. QM01AE91 – Rimadyl vet. inj. 50 mg/ml – 20 ml – 462986
3. QN05CM90 – Equisedan vet. inj. häst 10 mg/ml – 10 ml – 118418

4. QM01AE91 – Rimadyl vet. tabl. 20 mg – 100 st. – 463471
5. QM01AE91 – Rimadyl vet. tabl. 50 mg – 100 st. – 463620.

Vad gäller positionerna 2–5 har Swevet offererat produkter som var avregistrerade vid anbudstidpunkten. Flera av produkterna var inte endast avregistrerade i Fass och Vara, utan produkternas försäljningsgodkännande hade återkallats och upphört. Att offerera en produkt som inte finns tillgänglig och som inte kommer att kunna levereras måste jämföras med att inte offerera någon produkt alls. Swevets anbud borde därför ha förkastats. Det saknar i det sammanhanget betydelse om Swevet skulle ha kunnat ansöka om och erhålla andra tillstånd för försäljningen.

Swevets resonemang om möjligheten att ansöka om och erhålla andra tillstånd är dessutom felaktigt. Swevet har offererat produkter som varken omfattades av försäljningsgodkännande, erkännande eller licens. Swevet har inte ens ansökt om erkännande eller licens. Swevet påstår inte ens att det skulle vara möjligt att erhålla erkännande eller licens för samtliga aktuella läkemedel. Vidare framgår av 2 kap. 1 § i Läkemedelsverkets licensföreskrifter (LVFS 2008:1) att en s.k. licens är ett undantag från huvudregeln om försäljningsgodkännande enligt läkemedelslagen. Licens ska endast beviljas om behovet av läkemedel inte kan tillgodoses genom läkemedel som är godkänt i Sverige. I detta fall kan behovet tillgodoses genom de godkända ersättningsprodukter som bl.a. Apoex offererat i upphandlingen. Det är således inte sannolikt att Swevet skulle ha beviljats licens ens om Swevet hade ansökt om det.

Angående position 1 har Swevet inte offererat någon produkt alls. Det är visserligen korrekt att den efterfrågade produkten inte kunde offereras av någon anbudsgivare. Apoex har dock till skillnad från Swevet offererat en ersättningsprodukt. Bristen i Swevets anbud kan inte läkas genom att

Swevet på en annan position har offererat den produkt som Apoex har offererat som ersättningsprodukt.

Enligt upphandlingsdokumentens föreskrifter skulle godtagbara produkter offereras på samtliga positioner – förutsatt att efterfrågade produkter eller ersättningsprodukter finns på marknaden – för att anbudet överhuvudtaget skulle utvärderas. Om efterfrågade produkter eller ersättningsprodukter offerades för samtliga positioner fick anbudsgivaren 15 poäng vid utvärderingen. Om anbudsgivaren i stället för efterfrågade produkter eller ersättningsprodukter offererar likvärdiga produkter går anbudet visserligen vidare till utvärderingen, men kommer då inte att erhålla 15 poäng. Om anbudsgivaren inte offererar någon produkt på en viss position, trots att antingen efterfrågad produkt eller ersättningsprodukt finns på marknaden, ska anbudet förkastas.

Swevets tolkning innebär att det skulle ha varit valfritt för leverantörerna att offerera ersättningsprodukter. Detta kan dock knappast ha varit avsett eftersom anbudsgivare i så fall skulle vinna fördelar i utvärderingshänseende (lägre totalpris) genom att avstå från att offerera ersättningsprodukter. Swevets tolkning innebär vidare att uppdelningen mellan likvärdiga produkter och ersättningsprodukter helt förlorar sin betydelse, eftersom anbudsgivaren i så fall kan välja att offerera likvärdiga produkter (eller inga produkter alls). Symbolerna i upphandlingsdokumenten kan inte tillmätas någon självständig betydelse. Med Swevets synsätt skulle punkt 4.1.2 inte innehålla några obligatoriska krav alls, vilket t.ex. skulle innebära att det stod anbudsgivarna fritt att med bortseende från nettoprislistan offerera helt andra produkter eller t.o.m. att välja att endast lämna anbud på vissa av de positioner som efterfrågats enligt nettoprislistan. En sådan tolkning medför uppenbarligen absurda resultat.

I upphandlingsdokumenten angavs att anbudsgivare fick avstå från att lämna anbud (s.k. nollbud) om "en produkt har utgått" och det saknas ersättningsprodukter på marknaden. Det förtydligas inte vad som menas med att en produkts har "utgått". Enligt Apoex mening är det uppenbart att avregistrerade produkter måste anses ha utgått i upphandlingsdokumentens mening. Med beaktande av Jordbruksverkets publicerade fråga och svar nr 19 ligger det nära till hands att utgå från att begreppet utgått även varit avsett att fånga in läkemedel som försäljningsstoppats enligt 4 kap. 18 § läkemedelslagen och läkemedel som av andra anledningar inte fanns tillgängliga på marknaden.

Jordbruksverket

Inställning

Anbudsprövningen är korrekt utförd och Swevets anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav. Föreskrifterna under punkt 4.1.2 utgör inte obligatoriska krav, utan s.k. börkrav som endast ska beaktas vid anbudsprövningens utvärderingsdel.

Utveckling av Jordbruksverkets inställning

Vid anbudsprövningen framkom att 13 (av totalt 333) efterfrågade produkter i nettoprisbilagan hade utgått eller på annat sätt inte fanns tillgängliga på marknaden. Gällande produkterna som hade utgått kontrollerade Jordbruksverket detta mot Fass.se och Vara-registret. Ingen av anbudsgivarna kunde offerera samtliga 13 utgångna produkter eller ersättningsprodukter för dessa. En del anbudsgivare kunde offerera vissa varor trots att dessa var avregistrerade i Fass och Vara-registret. En del anbudsgivare offererade ersättningsprodukter, främst sådana produkter som redan fanns i nettoprislistan.

För att möjliggöra en rättvis anbudsprövning gjorde Jordbruksverket en extensiv tolkning av vilka produkter som hade utgått. Produkter kan vara stop-

pade av tillverkaren tillfälligt eller permanent. De kan också vara avregistrerade i Fass eller Vara-registret. Inget av detta gör dock att produkten inte får säljas, utan det är endast Läkemedelsverkets register som avgör detta. Det betyder att borttagna produkter från nettoprisbilagan rent faktiskt inte var stoppade från försäljning även om det fanns information i Fass som indikerade att produkten var borttagen eller avregistrerad. Den stora osäkerheten på marknaden om en produkt är borttagen och om försäljning ändå får ske samt anbudsgivarnas olika redovisningar av aktuella produkter, val av ersättningsprodukter och lagerhållning gjorde det svårt att jämföra anbudet. Jordbrusverket beslutade därför att ta bort 13 produkter vid anbudsprövningens utvärderingsdel i syfte att kunna behandla anbudet lika.

Det framgår inte heller av upphandlingsdokumenten om det är tillåtet att offerera produkter ur nettoprislistan som ersättningsprodukter. För att kunna behandla anbudsgivarna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt vid jämförelse av respektive anbudsgivare nettoprisbilaga strök Jordbruksverket de 13 utgångna produkterna (se ovan). Det skedde oberoende av om en anbudsgivare offererat en ersättningsprodukt, offererat den utgångna produkten eller inte offererat någon produkt alls. Anbudsgivarnas offererade nettoprisbilaga med 320 produkter (333 minus 13) utvärderades. Detta står helt i proportion till upphandlingen, då brottagna produkter inte längre finns till försäljning på marknaden. Samtliga anbudsgivares offererade nettoprislistor justerades, vilket medförde lägre anbudspriser. Samtliga anbudsgivare fick också de 15 extrapoängen vid anbudsprövningens utvärderingsdel.

Det har inte uppställts ett obligatoriskt krav på att en komplett nettoprisbilaga ska lämnas. I upphandlingsdokumenten ombads leverantörerna att i första hand (börkrav) lämna pris på angivet sortiment enligt bifogad nettoprisbilaga, vilket kunde generera 15 poäng vid anbudsprövningens utvärderingsdel. Om leverantören inte kunde offerera angivna produkter kunde anbudsgivaren ange en likvärdig produkt eller en ersättningsprodukt i kolum-

nen avvikelse. Om en produkt hade utgått och det inte fanns någon ersättningsprodukt kunde angivaren ange detta. Att det är fråga om ett börkrav framgår av bl.a. följande omständigheter:

1. Under punkt 4.1.2 i upphandlingsdokumenten har symbolen med innebörden "texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas" inte använts.
2. I den rutan nedanför föreskrifterna i 4.1.2 anges på sista raden "Ja önskas".
3. En fullständigt ifylld nettoprisbilaga ger 15 extrapoäng. Dock leder en nettoprisbilaga som inte är fullständigt ifylld inte till att anbudet förkastas. Detta har Jordbruksverkets förtydligat i publicerad fråga och svar nr 20.

Vad som anges i upphandlingsdokumenten om att anbudet inte kommer att utvärderas om inte samtliga artiklar kan offereras och att detta inte gäller om produkten har utgått och det inte finns någon ersättningsprodukt ska mot denna bakgrund förstås på sätt att anbudet inte kommer att tilldelas de 15 extrapoängen. Swevets anbud ska därför inte förkastas med hänvisning till att Swevet inte har offererat ersättningsprodukter när sådana finns på marknaden.

Apoex påstående om att Apoex rätteligen tilldelats 15 extrapoäng vid anbudsprövningens utvärderingsdel, men att Swevet inte skulle ha tilldelats motsvarande poäng är inte korrekt. Apoex har offererat "013070 Rimadyl vet. 50 mg 100 st. tuggtablett" som ersättningsprodukt för "463620 Rimadyl vet. tabl. 50 mg 100 st.". Den offererade produkten är dock inte en ersättningsprodukt eftersom det är en tuggtablett och inte en vanlig tablett. Detta innebär att varken Apoex eller någon annan anbudsgivare skulle ha fått de 15 extrapoängen, vilket innebär att utgången skulle ha blivit densamma.

Eftersom Jordbruksverket inte tog med denna produkt vid anbudsprövningen har någon förfrågan till Apoex inte ställts angående nämnda produkt.

Swevet

Inställning

Swevets anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav, och anbudsprövningen är således korrekt utförd. Om förvaltningsrätten skulle finna att Swevets anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav anser Swevet att eventuella brister i anbudet beror på att upphandlingsdokumenten i flera avseenden är otydliga och att Swevet inte bör påverkas negativt sådana brister.

Utveckling av Swevets inställning

Upphandlingsdokumentens föreskrifter under punkt 4.1.2 innehåller inga obligatoriska krav som kan läggas till grund för ett förkastande av Swevets anbud vid eventuell bristande uppfyllelse. I det sammanhanget bör det bl.a. beaktas att det föreskrivs att leverantörerna kan (inte ska) ange likvärdiga produkter om inte produkterna i nettoprisbilagan kan offereras och att leverantörerna kan (inte ska) offerera en ersättningsprodukt om en produkt utgått eller inte säljs på marknaden.

Det stämmer att fem av de produkter som Swevet offererade var avregistrerade i Fass vid den sista anbudsdagen. Den omständigheten att en produkt är avregistrerad i Fass eller av Läkemedelsverket är dock varken samma sak som att produkten har utgått i upphandlingsdokumentens mening eller att produkten är förbjuden att sälja i Sverige. Genom att sätta likhetstecken mellan avregistrering och försäljningsförbud ger Apoex en missvisande bild av förutsättningarna för läkemedelsförsäljning i Sverige enligt 5 kap. 1 § läkemedelslagen. Enligt bestämmelsen är godkännande/registering i Sverige en av tre alternativa grunder för att läkemedel ska få säljas i Sverige och följaktligen kunna offereras till Jordbruksverket i upphandlingen. När det

gäller djurläkemedel är det förhållandevis vanligt att försäljning i Sverige sker på annan laglig grund än den som Apoex pekat på. Swevet har varit i kontakt med vissa distributörer och fått bekräftat att flera produkter för närvarande både är registrerade för försäljning och tillgängliga i flera EES-länder. Dessutom finns det inget krav i upphandlingen på att leverantörerna ska kunna tillhandahålla efterfrågade produkter under hela avtalstiden. När det gäller Vetofol vet. 10 mg/ml 5 × 20 ml är det ostridigt att Swevet offererat samma ersättningsprodukt som Apoex, men på en annan plats i nettoprisbilagan.

Tuggtabletter och vanliga tabletter är två olika läkemedelsformer. Inom sjukvården är två olika läkemedelsformer i regel inte utbytbara trots att den aktiva substansen i dem är densamma. Det finns flera goda skäl för detta. Ett skäl är att vanliga tabletter och tuggtabletter innehåller flera olika ingredienser. Tuggtablettarna innehåller t.ex. ingredienser (s.k. hjälpämnen) som ska göra dem aptitliga för patienterna (djuren) som får dem utskrivna, vilket faller sig naturligt: det är svårt för veterinären att förklara för en hund att den ska tugga tablett istället för att svälja den. Läkemedlet Rimadyl vet. är inget undantag. I tuggtablettform innehåller Rimadyl vet. både helt andra och betydligt fler hjälpämnen (ingredienser) än en sväljtablett. Utifrån sin långa erfarenhet vet Swevet att djur (Rimadyl ges till hundar) ofta är allergiska mot just de eller den ingrediens(er)/hjälpämne(n) som finns i en tuggtablett, men som inte förekommer i en vanlig tablett. För Rimadyl i tuggtablettform är det ofta det spraytorkade svinleverpulvret. Innehållet är helt avgörande för om en erbjuden produkt utgör en ersättningsprodukt i upphandlingsdokumentens mening. Skillnaden mellan innehållet i det av Jordbruksverket efterfrågade läkemedlet "463620 Rimadyl vet. tabl. 50 mg 100 st." och det av Apoex offererade läkemedlet "013070 Rimadyl vet. 50 mg 100 st. tuggtablett" är mycket stor. Rimadyl i tuggtablettform är således inte en ersättningsprodukt i upphandlingsdokumentens mening i förhållande till Rimadyl i vanlig tablettform. Därmed uppfyller inte heller

Apoex det påstått obligatoriska kravet på att offerera samtliga produkter i nettoprisbilagan i den mening som avses under punkt 4.1.2.

Under anbudstiden har det rått stora oklarheter rörande när en i nettoprisbilagan efterfrågad produkt ska anses ha utgått eller inte säljs på marknaden. Vid utvärderingen konstaterade Jordbruksverket att 13 produkter i nettoprisbilagan hade utgått eller på annat sätt inte var tillgängliga på marknaden. Av upphandlingsdokumenten framgick varken om det var tillåtet att offerera produkter som var avregistrerade men tillgängliga (t.ex. utomlands eller i leverantörens lager, jfr skrivningen ”Offererade produkter ska finnas med i leverantörens ordinarie produktkatalog” under punkt 4.1.2) eller ersättningsprodukter som redan var efterfrågade produkter i nettoprisbilagan. Oklarheterna i dessa avseenden omöjliggjorde för Jordbruksverket att jämföra leverantörernas anbud – de innehöll ju inte lika många prissatta och utvärderingsgrundande produktposter (se föreskrifterna avseende tilldelningskriteriet totalpris från nettoprisbilagan). Om Jordbruksverket hade prövat anbuden i befintligt skick skulle leverantörernas anbudssummor ha räknats fram på olika sätt och verket skulle ha brutit mot likabehandlingsprincipen. Genom att stryka 13 produkter i nettoprisbilagan blev däremot en likvärdig och rättvisande jämförelse möjlig.

I vart fall beror eventuella brister i Swevets anbud på att upphandlingsdokumenten i flera avseenden är otydliga. Swevet ska inte drabbas negativt av bristerna. Det finns ingen närmare förklaring till när en produkt ska anses ha utgått i upphandlingsdokumentens mening. Det är även oklart vad som skiljer en ersättningsprodukt från en likvärdig produkt (som en leverantör alltid kan erbjuda, men med effekten att leverantören förlorar 15 utvärderingspoäng); upphandlingsdokumenten innehåller inte någon definition av vad som är en likvärdig produkt. Slutligen har det varit oklart hur leverantörerna förväntades agera när det väl konstaterats att en produkt utgått (se t.ex. publicerade frågor och svar nr 13–19). Därutöver råder oenighet rörande om

det var obligatoriskt att offerera samtliga i nettoprisbilagan efterfrågade produkter. Apoex gör gällande att så uppenbart är fallet och hänvisar bl.a. till följande skrivning under punkt 4.1.2: "Om inte samtliga artiklar kan offereras så kommer inte anbudet att utvärderas." Swevet och Jordbruksverket anser å andra sidan på ovan anförda skäl att punkt 4.1.2 enbart innehåller börkrav som kan ge leverantörer 15 extra utvärderingspoäng. De ovan beskrivna oklarheterna i upphandlingsdokumenten har lett till att det enda Jordbruksverket kunde göra i den uppkomna situationen för att följa likabehandlingsprincipen var att stryka (nollställa) samtliga utgångna produkter och då inte ta hänsyn till vilka anbudsgivare som möjligen erbjudit ersättningsprodukter i upphandlingsdokumentens mening, vilka anbudsgivare som erbjudit utgångna produkter, ersättningsprodukter på annan plats eller som inte offererat någon produkt alls. Utan sådan nollställning hade Jordbruksverket inte kunnat jämföra och utvärdera leverantörernas anbud på ett rättvisande sätt. Swevet anser att Jordbruksverket genom nollställningen har kunnat hantera bristerna och har agerat i enlighet med LOU och dess grundläggande principer. Apoex har därmed inte lidit skada till följd av nollställningen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Inledning

I mål om ingripande enligt LOU är huvudprincipen att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Hur upphandlingsföremålet avgränsas och definieras i upphandlingsdokumenten är av väsentlig betydelse, eftersom dessa föreskrifter styr vad leverantörernas anbud måste omfatta för att kunna antas. Normalt måste en leverantörs anbud omfatta hela upphandlingsföremålet för att kunna antas.

I upphandlingar som omfattar ett stort antal produkter och där ett enskilt exemplar av en viss produkt (t.ex. en förpackning av ett visst läkemedel) typiskt sett är av mindre betydelse, förekommer särskilda svårigheter att mer exakt definiera upphandlingsföremålet. Det följer av att det är vanligt förekommande att vissa produkter byts ut, slutar att säljas i viss förpackningsstorlek, börjar saluföras med förändrat innehåll eller förändrade egenskaper o.s.v. Även om tillverkaren på detta sätt slutat att sälja eller bytt ut en produkt, kan enskilda leverantörer (grossister) ha den ursprungliga produkten på lager eller få tag i den från en annan marknad där den fortfarande säljs. Det kan därför ofta vara påkallat att den upphandlande myndigheten reglerar eller på annat sätt beaktar sådana situationer.

Brister i upphandlingsdokumenten

I upphandlingsdokumentens avsnitt 1 har upphandlingsföremålet definierats som "Distriktsveterinärernas löpande behov av human- och veterinärmedicinska läkemedel i deras verksamhet med vård av djur". I upphandlingsdokumentens tekniska specifikationer (avsnitt 4) har upphandlingsföremålet specificerats till att avse "Distriktsveterinärernas angivna upphandlade sortiment [enligt nettoprisbilagan] av läkemedel, human- och veterinärmedicin, licensläkemedel och [...] beställningar av extemporeläkemedel".

Vad gäller nettoprisbilagan ges viss ytterligare vägledning under punkt 4.1.2. Där anges bl.a. att en leverantör som inte kan offerera angiven produkt kan offerera en likvärdig produkt. Om en produkt har utgått och inte säljs på marknaden, kan man offerera en ersättningsprodukt. Om en produkt har utgått och det inte finns någon ersättningsprodukt, ska detta anges och priset ska sättas till noll. Vidare anges att om inte samtliga artiklar offereras, kommer anbudet inte att utvärderas. Detta gäller dock inte om en produkt har utgått och det inte finns någon ersättningsprodukt på marknaden.

Ovan angivna föreskrifter har inte försetts med symbolen av innebörd ”texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas”. Vidare följs föreskrifterna av en fråga huruvida de i nettoprisbilagan angivna produkterna har offererats där det anges att ett svar ja önskas.

Vad gäller föreskrifterna ovan finns skäl att särskilt beakta följande. Det saknas en närmare definition av vad som avses med att ”en produkt har utgått och inte säljs på marknaden”. Det saknas även föreskrifter som anger huruvida det är tillåtet att offerera en produkt som ersättningsprodukt som redan har offererats på annan plats. Vidare ger föreskrifterna uttryck för att vissa produkter kan ha utgått, samtidigt som det inte finns några ersättningsprodukter. Eftersom det bl.a. saknas symbol om att föreskrifterna är obligatoriska och eftersom uttrycket kan (inte ska) används, är det oklart om vad som anges i föreskrifterna om hur sådana situationer ska hanteras är bindande. På samma sätt är det oklart hur föreskrifterna ”Om inte samtliga artiklar kan offereras kommer anbudet inte att utvärderas. Detta gäller dock inte om en produkt har utgått och det inte finns någon ersättningsprodukt på marknaden” ska förstås. I väsentliga delar framstår föreskrifterna därför som oklara.

Konsekvenser

Det har vid anbudsprövningen visat sig att 13 av de totalt 333 efterfrågade produkterna i nettoprisbilagan hade utgått eller på annat sätt inte fanns tillgängliga på marknaden. Det har Jordbruksverket har angett och övriga parter inte ifrågasatt. Ingen av anbudsgivarna har kunnat offerera samtliga 13 utgångna produkter eller ersättningsprodukter för dessa. En del anbudsgivare offererade ett antal (inte alla) av de efterfrågade men utgångna produkterna trots att de var avregistrerade i Fass och Vara-registret. En del anbudsgivare offererade ersättningsprodukter för en del (inte alla) av de efterfrågade men utgångna produkterna, främst sådana produkter som redan fanns i nettoprislistan. Oklarheterna i upphandlingsdokumenten har således

gett upphov till skilda tolkningar och tillämpningssvårigheter vid anbudgivning respektive anbudsprövning.

Sammanfattande bedömning och val av åtgärd

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Jordbruksverket ställt upp föreskrifter av betydelse för anbudsprövningen som inte uppfyller de tydlighetskrav som följer av de grundläggande principerna i LOU. Hur anbudsprövningen skulle ha utfallit om felet i upphandlingen inte hade förekommit kan inte avgöras. Felet kan således ha påverkat anbudsprövningens utgång till Apoex nackdel. Apoex har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Felet i upphandlingen är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Upphandlingen ska därför göras om.

För övrigt noterar förvaltningsrätten att det möjligen kan ifrågasättas om det är förenligt med LOU att behandla ett anbud annorlunda om likvärdiga produkter offererats i stället för efterfrågade produkter eller ersättningsprodukter till dessa. Särskilt när det är fråga om läkemedel kan utrymmet för att en produkt ska kunna ses som likvärdig med en annan produkt visserligen vara mer eller mindre begränsat, men det är en annan sak. För att risken ska minska för att upphandlingsprocessen drar ut på tiden mer än nödvändigt, kan det finnas skäl för Jordbruksverket att överväga frågan i samband med att upphandlingen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 D LOU).


Albert Pettersson

Förvaltningsrättsfiskalen Albert Pettersson har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.