

LÄNSRÄTTEN I  
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

DOM  
2008 -07- 0 2  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
1744-08 E  
Rotel 6

Hanna Petersson

### SÖKANDE

Johnson & Johnson Aktiebolag, 556063-2514  
Staffans väg 2  
191 84 Solna

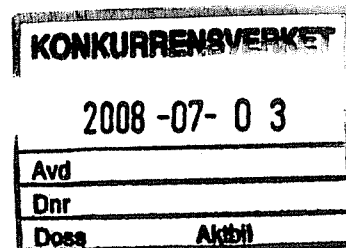
### MOTPART

Landstinget i Östergötland, upphandlingscentrum  
581 85 Linköping

Ombud: Mikael Lindström  
c/o Landstinget upphandlingscentrum  
581 85 Linköping

### SAKEN

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



Landstinget i Östergötland (nedan landstinget) genomför upphandling av läkemedelsstentar (UC-2008-470). Landstinget har i tilldelningsbeslut den 22 maj 2008 fattat beslut om att anta bud från Abbott Scandinavia AB.

Johnson & Johnson AB (nedan bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen skall göras om. Länsrätten har den 30 maj 2008 beslutat att upphandlingen tillsvidare inte får avslutas.

### SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 3 kap. 3 § LOU följer bl.a. att värdet av kontrakt som avses i 1 eller 2 § skall uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet.

Dok.Id 61900

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: lansratteniostergotland@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

Vid beräkningen skall options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Av artikel 9.1 i Direktiv 2004/18/EG, som låg till grund för den nationella lagstiftningen, framgår att beräkningen av det uppskattade värdet av ett offentligt kontrakt skall grunda sig på det totala beloppet efter avdrag för mervärdesskatt som skall betalas enligt den upphandlande myndighetens egen uppskattning. Vid denna beräkning skall det uppskattade totalbeloppet beaktas, inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och eventuella klausuler om förlängning av kontraktet.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Landstinget har brutit mot LOU genom att tillämpa fel upphandlingsförfarande och därmed fel bestämmelser i LOU. Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Förenklat förfarande får endast användas om det totala värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet, vilket för närvarande uppgår till 1 911 155 kr. Vid bestämmande av värde, inför avgörande av vilken upphandlingsform som skall användas, skall värdet multipliceras med det antal år kontraktet som längst kan tänkas löpa. Förlängningsklausuler skall enligt 3 kap. 3 § LOU beaktas som om de utnyttjats. Enligt kontraktsvillkoren i upphandlingen är avtalstiden ett år med möjlighet till förlängning ett år, i de fall en överprövning enligt LOU föranleder försening av ny avtalsstart vid eventuell kommande upphandling. Upphandlingen avser enligt kravspecifikationen en beräknad volym om 200 läkemedelsstentar per år. Eftersom förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjas, skall den totala beräknade kontraktsvolymen beräknas till 400 läkemedelsstentar. Vinnande anbudsgivare, Abbott, har offererat ett pris på 7 500 kr per stent. Det totala värdet av upphandlingen skall således beräknas till  $400 \text{ stentar} \times 7\,500 \text{ kr} = 3\,000\,000 \text{ kr}$ , vilket vida överstiger det fastlagda tröskelvärdet. Den felaktiga upphandlingsformen har medfört att bolaget har lidit skada genom att inte få tillräckligt lång anbudstid, 28 dagar i

stället för minimalt 52 som gäller för öppet förfarande, eller 37 och 40 som gäller för selektivt förfarande. Enligt kravspecifikationen, "Medicinsk bedömning", skall vidare offererade läkemedelsstentar ha vetenskaplig data med minst två års uppföljning efter pci. Detta är således ett skall-krav. Likväl har landstinget angett att kriteriet "Medicinsk bedömning" skall komma att utvärderas. Skall-krav kan inte utvärderas, utan kan antingen uppfyllas eller inte uppfyllas. Några bör-krav i anslutning till kriteriet "Medicinsk bedömning" finns inte. Förfrågningsunderlaget är i denna del därmed mycket bristfällig, vilket negativt påverkar anbudsgivarnas möjlighet att upprätta ändamålsenliga anbud. Landstinget har vidare i kravspecifikationen angett utvärderingskriterierna "Medicinsk dokumentation", "Funktion/Egenskaper" och "Pris". Av utvärderingsprotokollet framgår dock att landstinget tillämpat utvärderingskriteriet "Vetenskap", men inte "Medicinsk bedömning". Det är oklart vad landstinget menar med "Vetenskap". Det kan inte av förfrågningsunderlaget utläsas om det är detsamma som "Medicinsk dokumentation" eller hur detta kriterium kommer att värderas. Vidare är förfrågningsunderlaget oklart på så vis att utvärderingskriteriet "Funktion/Egenskaper" inte alls beskrivs. Det är oklart vad landstinget kommer att premiera i denna del. Genom att inte ange vad landstinget kommer att tillmäta betydelse, har landstinget i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt, vilket inte är tillåtet enligt LOU. Landstinget har genom användandet av ett oklart förfrågningsunderlag brutit mot en av upphandlingsrättens mest grundläggande principer, transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har på grundval av det bristfälliga förfrågningsunderlaget inte kunnat upprätta ett tillräckligt ändamålsenligt anbud.

Landstinget anför i svaromål bl.a. följande. Bolaget har hävdade att den standardklausul som landstingets avtalsmall innehåller utgör en sådan förlängningsperiod som avses i 3 kap. 3 § LOU, varvid avtalets värde skulle ha schabloniserats till det dubbla och upphandlingsformen förenklat förfarande felaktigt tillämpats. I förarbetena anges att bestämmelsen togs in i syfte att

förhindra en otillbörlig beräkning av upphandlingens omfattning i syfte att komma fram till ett resultat som understiger tillämpliga tröskelvärden och därigenom möjlighet att kringgå reglerna om föreskrivet upphandlingsförfarande. I förevarande upphandling är det landstingets mening att förfrågningsunderlaget inte innehåller en sådan förlängningsklausul som LOU avser att träffa. Den främsta anledningen härtill är naturligtvis att landstinget inte har ett fritt val att påkalla förlängning av avtalet. En förlängning enligt denna klausul förutsätter dels att en ny upphandling i syfte att ersätta det gamla avtalet initierats, dels att överprövning begärts av den nya upphandlingen, samt dels att överprövningen föranleder försening av det nya avtal som är tänkt att ersätta det gamla. Syftet med klausulen är således att förhindra att landstinget, till följd av omständigheter för vilka det inte kan råda, hamnar i ett avtalslöst tillstånd. Om länsrätten skulle finna att klausulen ska medtas i beräkningen av tröskelvärdet inför upphandlingen, tvingas landstinget stryka denna ur sina avtalsmallar. Eftersom sjukvården, i detta fall hjärtoperationer, knappast kan stå still p.g.a. en överprövningsprocess, innebär detta att landstinget p.g.a. synnerliga skäl i en sådan situation skulle tvingas direktupphandla (i praktiken förlänga det gamla avtalet) sitt behov intill dess att överprövningsprocessen och eventuella konsekvenser därav fullbordats. Med klausulen försäkras sig landstinget mot risken att tvingas betala dyrt och för bristande eller förvägrade fortsatta leveranser i ett trängt läge. Motsvarande klausul används utbrett inom upphandlingar även av andra landsting. För det fall länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlagets utformning innebär att beräknat behov ska omfatta två år, oavsett att landstingets verkliga behov är ett år, vitsordar landstinget att fel upphandlingsförfarande nyttjats. Bolaget menar vidare att landstinget felat genom att utvärdera ett så kallat skall-krav. Sist i kravspecifikationen har angetts vilka kriterier som skulle komma att bedömas vid utvärderingen av anbudet. Där har angivits att anbudet skulle komma att bedömas inom samma område (Medicinsk dokumentation) som aktuellt skall-krav, dock inte detta krav (som i sin utformning endast kan besvaras med ja eller nej). Det fram-

går av utvärderingsprotokollet att det inte utvärderats huruvida det finns vetenskapliga data avseende längre tid än två års uppföljning efter pci för offererade produkter. Det torde vidare vid en snabb överblick av bilagorna till bolagets ansökan om överprövning stå klart att orden "vetenskaplig dokumentation" och "Vetenskap" är synonyma med utvärderingskriteriet "Medicinsk dokumentation". Förklaringen till att olika ord använts är att utvärderingsprotokollen är interna dokument som inte är avsedda att skickas ut med tilldelningsbeslutet och således inte korrekturlästs. Landstinget bestrider att det tillämpat fri prövningsrätt, såsom bolaget anser. Funktion och Egenskaper, likväl som Medicinsk dokumentation, är vad gäller medicinska och medicintekniska produkter vedertagna begrepp. Utifrån det av landstinget använda benämningarna av utvärderingskriterierna och med beaktande av att upphandlingen enbart omfattar läkemedelsstentar, torde det för inom branschen verksamma parter vara uppenbart att det är en helhetsbedömning som avses. Det skulle knappast vara möjligt att utforma anbuden på annat sätt med annan eller ytterligare information.

Bolaget anför i gemänt bl.a. följande. Det saknas, med hänvisning till Artikel 9.1 i Direktiv 2004/18/EG och dess lydelse, betydelse för beräkningen av kontraktsvärdet att förlängningsklausulen endast kan utnyttjas om vissa förutsättningar föreligger. Det saknas således utrymme för tolkning av om en förlängningsklausul skall ingå i beräkningen eller inte. Det saknar därvid betydelse vilket syfte landstinget haft med förlängningsklausulen. Vad gäller utvärderingskriteriet "Medicinsk dokumentation" är det utvärderingsprotokoll som landstinget hänvisar till upprättat i samband med utvärderingen av anbuden. Informationen har anbudsgivarna av naturliga skäl inte haft kännedom om under arbetet med att upprätta sina anbud. Vad landstinget avsåg att utvärdera i denna del och också har utvärderat i praktiken, är även efter landstingets förklaring helt oklart och höljt i dunkel. Avseende utvärderingskriteriet "Funktion/Egenskaper" kan inte landstinget utgå ifrån att eventuella intresserade leverantörer vet vad landstinget kommer att bedöma

vid sin utvärdering. Bolaget utvecklar ständigt nya produkter och är givetvis betjänt av att få veta vilken funktion och vilka egenskaper som efterfrågas. Hade landstinget tydligt angett vilka egenskaper och funktioner som efterfrågades, hade samtliga anbudsgivare kunnat lämna mer ändamålsenliga anbud genom att lämna anbud som i tillräcklig utsträckning beskriver på vilket sätt deras respektive produkt uppfyller landstingets önskemål.

Landstinget anför i svaromål bl.a. följande. Av artikel 9.1 i Direktiv 2004/18/EG framgår att vid beräkningen av kontraktets värde är utgångspunkten "...det totala beloppet efter avdrag för mervärdesskatt som skall betalas enligt den upphandlande enhetens egen uppskattning". Det kan knappast vara avsett att i myndigheters egen uppskattning av kontraktets värde inför upphandling skulle ligga, att medräkna eventuella avrop/köp som måste göras under tiden för ett planerat nytt avtal som dock inte kunnat träda i kraft p.g.a. en pågående överprövning av en efterföljande upphandling. Det är enligt landstingets mening uppenbart att aktuella reglers syfte är att förhindra ett kringgående kring beräkning av kontraktets värde. Det torde vara utrett att den ifrågavarande standardformuleringen inte kan vara en del av ett sådant syfte. Landstinget anser att genomförd upphandling med aktuellt förfrågningsunderlag givit samtliga anbudsgivare samma och tillräckliga förutsättningar att lämna konkurrenskraftiga anbud. Bolaget har inte i sina yttranden på något sätt visat hur det skulle ha kunnat utforma sitt anbud på annat sätt än som gjorts, om förfrågningsunderlaget haft en annan utformning. Det är svårt att se hur landstinget skulle ha kunnat göra en bättre affär med, får det förstås, antagande av bolagets produkt, då denna befunnits vara såväl dyrare som sämre än produkten i antaget anbud.

Bolaget anför i svaromål i korthet följande. Landstinget har anført att bolagets produkt är sämre än den antagna produkten. Detta är enligt bolagets uppfattning felaktigt. Landstinget har för det första betygsatt bolagets produkt och vinnande anbudsgivares produkt likvärdigt i anbudsutvärderingen.

Bolaget är av uppfattningen att bolagets produkt, Cypher, skall erhålla högre utvärderingsbetyg. Landstingets faktiskt genomförda utvärdering skiljer sig från den som förespeglats i förfrågningsunderlaget eftersom landstinget inte har använt hela den angivna poängskalan. Det faktiska utfallet är därför att den procentuella viktningen har ändrats i förhållande till förfrågningsunderlaget, varpå bolagets produkt har värderats högre än vad den skulle ha gjort enligt förfrågningsunderlaget. Landstinget har därigenom brutit mot transparens-principen i 1 kap. 9 § LOU. För det andra har allvarliga fel begåtts vid utvärderingen av kriteriet ”Medicinsk dokumentation”. Vid en närmare granskning av landstingets medicinska bedömning, tycks slutsatsen att vinnande anbudsgivares produkt, Xience, är det läkemedelsstent med bäst kliniskt resultat, vara baserat på en jämförelse mellan två separata studier, Sort Out II och Spirit III. Att jämföra två separata studier med varandra är högst ovanligt och kan anses ha låg evidensgrad. Det är vidare stor skillnad mellan studierna, vilket redogörs utförligt för i ifrågavarande yttrande. Landstingets överträdelser av LOU har medfört att bolaget fått försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen.

*Länsrätten gör följande bedömning.*

Av upphandlingskontrakt för leverans av läkemedelsstentar till landstinget i Östergötland framgår bl.a. följande under 28, avtalstid. Detta avtal träder i kraft 2008-06-15 efter båda parter undertecknande och är giltigt t.o.m. 2009-06-14. Oaktat ovanstående avtalstid äger Köparen rätt att förlänga avtalstiden i lämplig omfattning, dock högst ett (1) år, i de fall överprövning enligt LOU föranleder försening av ny avtalsstart vid eventuell kommande upphandling.

I en offentlig upphandling är det kommande avtalet avgörande för värdet av varan och därmed val av upphandlingsförfarande. Det är den upphandlande enheten som genom en uppskattning bestämmer det totala värdet av vad

som skall upphandlas, eventuella förlängningsklausuler medräknade. Syftet med förlängningsklausulen saknar härvidlag betydelse. Med stöd av ovan finner länsrätten att kontraktets värde i den i målet aktuella upphandlingen skall beräknas på en avtalstid om två år. Kontraktsvärdet överstiger följaktligen gällande tröskelvärde. Det var således inte riktigt av landstinget att använda förenklad upphandling, utan ett upphandlingsförfarande för upphandling över aktuellt tröskelvärde, 1 911 155 kr, skall i stället tillämpas.

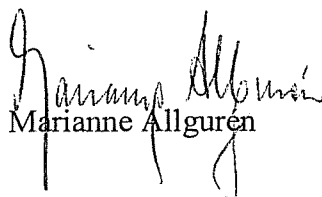
Bolaget får genom sin ansökan anses ha visat att ovan angivna brist har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Angivna förhållanden innebär att det finns förutsättningar för att, enligt 16 kap. 2 § LOU, besluta att upphandlingen skall göras om. Vid denna utgång i målet finner länsrätten inte skäl att pröva av bolaget i övrigt anförda grunder.

#### LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten förordnar att Landstinget i Östergötlands upphandling av läkemedelsstentar (UC-2008-470) skall göras om i enlighet med vad som anförts ovan.

Länsrättens interimistiska beslut den 30 maj 2008 upphör därmed att gälla.

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

  
Marianne Allguren





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

**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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande 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 nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om 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.