

KLAGANDE

1. Landstinget i Värmland, 651 82 Karlstad
2. Örebro läns landsting, Box 1613, 701 16 Örebro
3. Landstinget i Sörmland, 651 88 Nyköping

Ombud för 1-3: Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

MOTPART

Baxter Medical Aktiebolag, 556171-0657
Box 63
701 16 Kista

Ombud: Advokat Pernilla Norman
c/o Lindskog Malmström Advokatbyrå AB
Box 27707
115 91 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Örebro läns dom den 18 mars 2009 i mål nr 2991-08,
3074-08 och 3088-08; se bilaga A

SAKEN

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

- Klaganden/ombudet
- Motparter/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Länsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrensverket*

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Landstingen yrkar att länsrättens dom ändras på så sätt att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall och anför huvudsakligen följande. Upphandlingen avser en mängd läkemedel och läkemedelsnära produkter som förskrivs på rekvisition. Av punkten 1.3 i anbudsförfrågan framgår att samtliga villkor i ramavtalet är fastställda och att tilldelning av kontrakt (avrop) skulle ske utan förnyad konkurrensutsättning och med annan fördelningsnyckel enligt följande.

”Med annan fördelningsnyckel menas i denna upphandling att val av produkt/substans sker beroende på den medicinska professionens bedömning vid möte med patient. Dvs. den medicinska professionens bedömning avseende behandlingsmetod, vårdbehov och/eller patientens speciella behov. Exempelvis kan produktens/substansens volym, styrka, egenskaper, förpackning etc. påverka val av produkt/substans. Se ytterligare information under Avsnitt 2.9, Helt eller delat anbud samt under 6.4, Utvärdering av anbud.”

Av punkten 2.9 i anbudsförfrågan framgår att anbud kunde lämnas på en, flera eller alla sju-ställiga ATC-koder. Utvärdering av anbuden kom att ske på denna nivå och i vissa fall på produktnivå enligt exempel i anbudsförfrågan. Sammanlagt antogs 43 leverantörer under olika ATC-koder. För vissa ATC-koder antogs två leverantörer per kod, bl.a. under de ATC-koderna B05BA03, J06BA02 och J06BA01 som Baxter Medical Aktiefbolag, Baxter, ansökt om överprövning för. De gör gällande att avtal slutits med 43 leverantörer det vill säga minst tre. Bland dessa leverantörer gör berörd läkare sitt avrop enligt fördelningsnyckel i anbudsförfrågan. Den omständigheten att utvärderingen skett på ATC-kodnivå förändrar inte det faktum att avrop ska ske genom val av 43 leverantörers antagna produkter. Huruvida produkterna är utbytbara mot varandra saknar betydelse. Det är felaktigt att från ramavtals synpunkt se varje ATC-kod som en egen upphandling.

Baxter motsätter sig bifall till överklagandet och anför huvudsakligen följande. LOU har ett krav på att för det fall mer än en ramavtals-leverantör antas ska minst tre leverantörer tilldelas ramavtal förutsatt tre

giltiga anbud har kommit in. Anledningen till denna regel är bland annat att bibehålla en konkurrenssituation till avropsprocessen. Ett av de grundläggande syftena är således att ramavtalsleverantörerna ska konkurrera med varandra. Att det enligt LOU skulle vara tillräckligt att minst tre leverantörer sammanlagt antas i en upphandling även i fall då en upphandling är uppdelad i en mängd olika produkter som inte är utbytbara mot varandra är direkt felaktigt. I den här aktuella upphandlingen är endast produkter med samma ATC-kod utbytbara mot varandra. Det är inte möjligt – oavsett vilken fördelningsnyckel landstingen tillämpar – att, såsom landstingen påstår läkare eller annan medicinsk personal kan välja någon produkt från en ramavtalsleverantör som är antagen från något annat medicinskt område än den aktuella ATC-koden. Varje leverantörs möjlighet att sälja till de upphandlande landstingen är under avtalsperioden begränsad till de produkter som finns upptagna i ramavtalet. Att antalet ramavtalsleverantörer i upphandlingen totalt är 43 är en irrelevant uppgift. Landstingens påstående att berörd läkare kan välja mellan 43 leverantörer i varje enskilt fall är direkt vilseledande. Landstingen har valt att göra en stor upphandling omfattande en stor mängd produkter utan närmare anknytning. Den minsta gemensamma nämnaren är att de är ”läkemedel och läkemedelsnära produkter som förskrivs på rekvisition”. I förfrågningsunderlaget har landstingen själva grupperat upphandlingsföremålen och explicit angivit att utvärdering i normalfallet kommer att ske på 7-ställig ATC-kod. De grundläggande principerna om transparens och förutsebarhet innebär att utvärdering och tilldelning av avtal måste ske på det sätt och enligt de principer som anges i förfrågningsunderlaget.

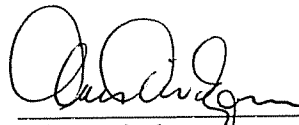
SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

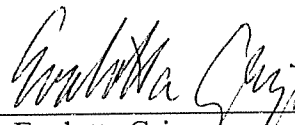
Av 5 kap. 5 § LOU framgår att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer skall dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som

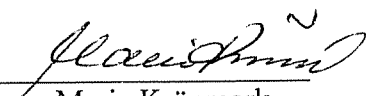
uppfyller de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Den aktuella upphandlingen är omfattande och avser en mängd läkemedel och läkemedelsnära produkter som generellt inte är utbytbara mot varandra. Enligt kammarrättens mening är det därför fråga om flera ramavtalsupphandlingar som lagts samman till en. Eftersom utvärderingen av anbuden avseende de i målen aktuella preparaten skedde på ATC-kodsnivå finner kammarrätten att varje avtal på en sådan nivå är att betrakta som ett ramavtal. När avtal sluts med flera leverantörer ska de enligt 5 kap 5 § LOU vara minst tre. Landstingen har inte hävdats att Baxters anbud inte varit godtagbara. Med hänsyn till de redovisade omständigheterna saknas förutsättning att bifalla överklagandet.

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


Claes Lindgren


Evalotta Grip


Maria Krönmark
referent

LÄNSRÄTTEN I
ÖREBRO LÄN

DOM
2009-03-18
Meddelad i
Örebro

Mål nr
2991-08 E
3074-08 E
3088-08 E
Rotel 6

SÖKANDE

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

BILAGA A

Ombud:

Jur. kand. Johan Kennemyr
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1766
111 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten (mål 2991-08 E)
Box 1613
701 16 Örebro

2. Landstinget i Värmland (mål 3074-08 E)
651 82 Karlstad

3. Landstinget Sörmland (mål 3088-08 E)
Upphandlingsenheten
611 88 Nyköping

Ombud för samtliga landsting:
Advokaten Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

BAKGRUND

Örebro läns landsting har i samarbete med Landstinget i Värmland och Landstinget Sörmland inlett upphandling avseende läkemedel och läkemedelsnära produkter som förskrivs på rekvisition, för tecknande av ramavtal med senare tilldelning av kontrakt (ÖLL 2008/1871). Upphandlingsenheten vid Örebro läns landsting har administrerat och genomfört upphandlingen, men varje landsting har fattat separata tilldelningsbeslut av samma innebörd. Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen har omfattat ett mycket stort antal produkter och

Dok.Id 58527

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 63 701 41 Örebro	Drottninggatan 2	019-16 77 50 E-post: lansratteniorebro@dom.se	019-10 37 40	måndag – fredag 08:30-12:00 13:00-15:00

landstingen har i likalydande tilldelningsbeslut den 4 december 2008 antagit 43 läkemedelsföretag, bl.a. Baxter Medical AB, för ingående av ramavtal. Enligt tilldelningsbesluten har landstingen inte antagit Baxter Medical AB som leverantör av produkter inom ATC-koderna B05BA03 (Glucos buffrad), B05BB01 (Natriumklorid inf. 100 ml), J06BA01 (Subkutant Immunglobulin) och J06BA02 (Intravenöst Immun-globulin, Kiovig).

ATC-kodsystemet är ett internationellt klassificeringssystem för läkemedel där läkemedlen indelas i olika grupper efter indikationsområde. ATC-systemet består av 14 huvudgrupper och uppdelningen är gjord efter hur läkemedlen verkar. 7-ställig ATC-kod innebär en ytterligare precisering av den kemiska substansen i läkemedlen i förhållande till 5-ställig ATC-kod.

Länsrätterna i Värmlands län och Södermanlands län har den 19 december 2008 överlämnat sina respektive mål till Länsrätten i Örebro län. På yrkande av Baxter Medical AB har i interimistiska beslut meddelats att upphandlingen såvitt avser produkter med ovan nämnda ATC-koder tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M M

Baxter Medical AB(härefter Baxter) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen skall rättas på så sätt att landstingen skall anta Baxter som leverantör avseende produkter med ATC-koderna B05BA03 (Glucos buffrad), B05BB01 (Natriumklorid inf. 100 ml), J06BA01 (Subkutant Immunglobulin) och J06BA02 (Intravenöst Immun-globulin, Kiovig).

Till stöd för sin ansökan om rättelse anför Baxter i huvudsak följande. För produkter med ovan angivna ATC-koder (B05BA03, B05BB01, J06BA01 samt J06BA02) har landstingen antagit två leverantörer, trots att Baxter uppfyller de uppställda kraven för att få teckna ramavtal för dessa produkter. Därigenom strider upphandlingen mot 5 kap 5 § LOU som anger att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer skall dessa vara minst tre. Denna överträdelse av LOU innebär att Baxter har lidit, eller i vart fall kommer att lida skada genom att på felaktiga grunder ha nekats ingå ramavtal inom aktuella ATC-koder. Eftersom det inkommit minst tre godtagbara anbud för produkter inom samma ATC-kod saknar landstingen rätt att anta endast två leverantörer. Landstingens handlande strider även mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Landstingen bestrider yrkandet om rättelse och hemställer att länsrätten lämnar yrkandet om överprövning utan bifall.

Till stöd för sitt bestridande anför landstingen i huvudsak följande. I upphandlingen har landstingen tilldelat 43 leverantörer ramavtal för kommande tilldelning av kontrakt (avrop). Landstingen gör i första hand gällande att bestämmelsen i 5 kap 5§ LOU att ramavtal, om ramavtal sluts med fler än en leverantör, skall träffas med minst tre leverantörer därigenom har uppfyllts. Det är varken lagens eller direktivets mening att regeln om minst tre leverantörer skall tillämpas på 7-ställig ATC-kods nivå. Regeln skall enligt landstingets mening tillämpas på hela upphandlingen.

Om länsrätten skulle finna att 5 kap 5§ LOU skall tillämpas på varje 7-ställig ATC-kods nivå gör landstingen gällande följande. Under ATC-kod B05BA03 har produkter/substanser antagits från företagen Fresenius och Braun. De tre av nio offererade produkter/substanser som antagits från Braun är sådana som till följd av särskilda egenskaper enligt 6.4.4 har tilldelats ramavtal. De produkter/substanser som antagits från Braun har – till skillnad från Fresenius – hårda påsar/flaskor vilket ibland föredras av hanteringsskäl. De är andra produkter än de som Fresenius erhållit ramavtal på. Under ATC-kod B05BB01 har produkter/substanser offererade av Braun, Baxter, Fresenius och Meda antagits. Antagna produkter har olika användnings-områden även under denna ATC-kod är det fråga om olika produkter. Under ATC-kod J06BA01 har produkter/substanser från Baxter, CSL Behring och Octapharma antagits. Baxters produkt/substans – som inte är samma produkt/substans som CSL Behrings eller Octapharmas – har antagits för att vissa patienter som redan behandlats med produkten inte skall behöva byta produkt. Octapharmas produkt är också en egen produkt med en unik styrka. Under ATC-kod J06BA02 har produkter/substanser från CSL Behrings och Octapharma antagits. Skälet för att fyra produkter antagits från Octapharma är att dessa har en unik koncentration.

Sammanfattningsvis gör landstingen gällande i första hand att 5 kap 5§ LOU har uppfyllts i och med att landstingen i upphandlingen tilldelat 43 leverantörer ramavtal, i andra hand – för det fall länsrätten skulle finna att bestämmelsen i 5 kap 5§ LOU skall tillämpas på 7-ställig ATC-kods nivå – att de produkter/substanser som antagits under ifrågavarande ATC-koder inte är jämförbara med varandra och att landstingen under ifrågavarande 7-ställiga ATC-kod antagit en leverantör för varje produkt/substans som landstingen kan ha behov av. I sista hand gör landstingen gällande att beträffande ATC-koderna B05BB01 och J06BA01 har minst tre företag tilldelats ramavtal under respektive kod varför Baxters ansökan överprövning i vart fall skall lämnas utan bifall såvitt avser dessa två ATC-koder.

I förfrågningsunderlaget daterat den 30 april 2008 anges bl.a. följande:

1.1 Upphandlingsobjekt

Det beräknade värdet för aktuella produkter enligt bilaga 6, Sortimentsförteckning, i denna upphandling uppgår till c:a 4 milj. kronor per år, baserat på 2007 års inköpsvolym.

Anbud kan även lämnas på andra läkemedel eller läkemedelsnära produkter utöver produkter i bilaga 6, som leverantören önskar offerera

Landstingen förbehåller sig rätten att avgöra vilka av dessa övriga produkter som kan ingå i avtalet.

1.2 Avtalstid och avtalsform

.....

Samtliga villkor i ramavtalet är fastställda och tilldelning av kontrakt kommer att ske utan förnyad konkurrensutsättning och med annan fördelningsnyckel.

Med annan fördelningsnyckel menas i denna upphandling att val av produkt/substans sker beroende på den medicinska professionens bedömning vid möte med patient. Dvs. den medicinska professionens bedömning avseende behandlingsmetod, vårdbehov och / eller patienters speciella behov. Exempelvis kan produktens/substansens volym, styrka, egenskaper, förpackning etc påverka val av produkt/substans.

2.9 Helt eller delat anbud

Anbud kan lämnas för hela eller delar av förfrågan. Med detta menas att leverantören kan lämna anbud på en, flera eller alla 7-ställiga ATC-koder. Leverantören kan dessutom lämna anbud på flera alternativa produkter/substanser inom resp. 7-ställiga ATC-koder, t.ex. olika volymer, förpackningar och liknande.

.....

Landstingets målsättning är att teckna avtal med en leverantör för resp produkt/substans.

Landstinget kan dock teckna avtal med flera leverantörer avseende samma 7-ställiga ATC-koder om dessa leverantörer erbjuder olika styrka, förpackningar, beredningsformer, volyminnehåll etc , alternativt för de undantag som anges i 6.4.4 .

6.4.2 Val av anbud

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kvalificeringskrav och obligatoriska krav kommer det/de anbud att antas som har lägsta pris.

Utvärdering kommer i normalfallet att göras på 7-ställig ATC-kod.

Landstingen har i vissa fall behov av endosförpackningar, förfyllda sprutor etc. Landstinget förbehåller sig därför rätten att anta flera leverantörer avseende samma produkt i de fall det finns skillnad mellan leverantörers och offererade produkter vad gäller styrka/förpackningar/beredningsformer.

6.4.4 Undantag

I de fall där produkter inom samma 7-ställiga ATC-kod innehåller olika aktiva substanser kommer utvärdering att göras inom undergrupper med samma aktiva substans.

.....

DOMSKÄL

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.

Med ramavtal förstås enligt 2 kap 15§ LOU ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en angiven tidsperiod.

Av 5 kap 5§ LOU framgår att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer skall dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Enligt 16 kap 1§ LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2§ ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

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

Parternas skriftväxling i målen har varit relativt omfattande. Med beaktande av vad sålunda förekommit gör länsrätten följande bedömning.

Inledningsvis konstaterar länsrätten att den aktuella upphandlingen avser en mycket stor mängd läkemedel och läkemedelsnära produkter. Tilldelning av kontrakt skall ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet och utan förnyad konkurrensutsättning. Kontraktstilldelningen sker med annan fördelningsnyckel, varmed menas att valet av produkt/substans avgörs av "den medicinska professionen vid möte med patient". Detta förfarande får enligt länsrättens mening godtas såsom medicinskt motiverat. Eftersom landstingen således inte på egen hand kan formulera sitt behov av läkemedel och läkemedelsnära produkter, finner länsrätten – genom redovisningen i bilaga 6 till förfrågningsunderlaget och kravet på 7-ställig ATC-kodsnivå – att landstingen får anses tillräckligt tydligt ha angivit föremålen för upphandlingen.

Av utredningen i målen framgår att utvärderingen av anbuden i de flesta fall inte har skett på ATC-kodsnivå utan på produktnivå, trots att utvärderingen enligt punkten 6.4.2 i förfrågningsunderlaget "i normalfallet skall göras på 7-ställig ATC-kod". Utvärderingen har emellertid med stöd av olika förbehåll och undantag i förfrågningsunderlaget kommit att göras på produktnivå. Fråga uppkommer då vad som utgör en eller flera olika produkter. Såvitt länsrätten kan se är det i förfrågningsunderlaget något oklart vad som menas med "samma produkt eller flera olika produkter" (jfr punkten 6.4.2 där det talas om samma produkt med skillnader vad gäller styrka, förpackningar eller beredningsformer medan dessa skillnader anses medföra att fråga är om olika produkter under punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget). Oavsett hur härmed förhåller sig finner länsrätten att bestämmelsen i 5 kap 5§ LOU i förevarande fall skall tillämpas på ATC-kodsnivå. Landstingen har beträffande ATC-koderna B05BA03 och J06BA02 beslutat att anta anbud från två leverantörer, trots att minst tre godtagbara leve-

rantörer lämnat godtagbara anbud. Landstingens beslut att ingå ramavtal med två leverantörer strider därför mot 5 kap 5§ LOU. Under ATC-kod B05BB01 har landstingen antagit fyra leverantörer att teckna ramavtal. Det förhållandet att landstingen valt två stycken leverantörer per produktgrupp inom denna ATC-kod föranleder enligt länsrättens mening inte skäl att frångå bedömningen att bestämmelsen i 5 kap 5§ LOU skall tillämpas på ATC-kodsnivå. Baxters invändning härom bör därför inte bifallas. Beträffande ATC-kod J06BA01 konstaterar länsrätten att tre leverantörer antagits att teckna ramavtal, men att den tredje, Baxter, endast antagits som komplement till en av de andra två leverantörerna. Tilldelningsbesluten skall därför rättas så att samtliga tre leverantörer utvärderas utifrån det kriterium som föreskrivs i förfrågningsunderlaget, i detta fall lägsta pris.

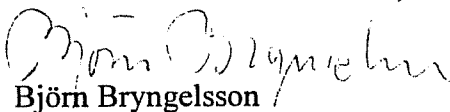
Vid angivna förhållanden finner länsrätten att Baxters ansökan om överprövning skall bifallas på så sätt att tilldelningsbesluten rättas så att Baxters anbud antas såvitt avser ATC-koderna B05BA03, J06BA02 samt J06BA01.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Baxter Medical Aktiebolags ansökan på så sätt att tilldelningsbesluten skall rättas beträffande ATC-koderna B05BA03, J06BA02 samt J06BA01 i enlighet med det ovan anförda.

Länsrätternas interimistiska beslut gäller inte längre.

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


Björn Bryngelsson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.