

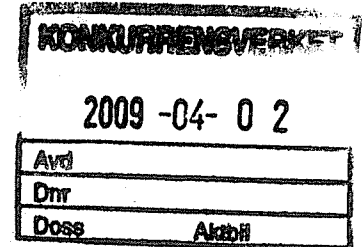


SÖKANDE

Sanofi Pasteur MSD AB, 556700-5912
Box 6023
171 06 Solna

Ombud:

Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Jur.kand. Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 465
581 05 Linköping



MOTPARTER

1. Landstinget i Dalarna
Box 712
791 29 Falun

2. Landstinget i Gävleborg
801 88 Gävle

3. Landstinget i Uppsala
Box 602
751 25 Uppsala

4. Landstinget i Västmanland
721 51 Västerås

Ombud för 1-4:

Landstinget i Uppsala, Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstingets i Uppsala län, Upphandlingsenheten, upphandling avseende vacciner, tilldelningsbeslut den 18 december 2008, i den del det avser vaccin mot influensa renat antigen (ATC-kod J07BB02)
Diariern UPPH2008-0053

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten bifaller Sanofi Pasteur MSD AB:s ansökan på så sätt att länsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän landstingen i Dalarna, Gävleborg, Uppsala och Västmanland har vidtagit rättelse genom att nya tilldelningsbeslut fattas i upphandlingen i den del den avser vaccin mot influensa renat antigen (ATC-kod J07BB02).

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut meddelat den 13 februari 2009.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sanofi Pasteur MSD AB (Sanofi Pasteur) ansöker den 13 februari 2009 om överprövning av landstingens i Dalarna, Gävleborg, Uppsala och Västmanland (landstingen) upphandling avseende vacciner, dnr UPPH2008-0053, tilldelningsbeslut den 18 december 2008. Upphandlande myndighet i upphandlingen med fullmakt från landstingen är landstinget i Uppsala län genom upphandlingsenheten (landstinget).

I ansökan om överprövning yrkar Sanofi Pasteur i första hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen, i den del den avser vaccin mot influensa renat antigen (ATC-kod J07BB02), får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att ett nytt tilldelningsbeslut fattas, i vilket Sanofi Pasteur tilldelas avtal även avseende influensavaccin. I andra hand yrkas att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att ett nytt tilldelningsbeslut fattas, i vilket Sanofi Pasteur och GlaxoSmithKline AB (GSK) tilldelas avtal för lika stora delar av den volym som avser vaccin mot influensa renat antigen (ATC-kod J07BB02). I tredje hand yrkas att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Som grund för ansökan om överprövning anförs att landstingen genom följande agerande har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Vad avser förstahandsyrkandet har landstingen brutit mot nämnda regelverk genom att inte tilldela Sanofi Pasteur avtal avseende influensavaccin trots att Sanofi Pasteur lämnade det för landstingen mest förmånliga anbudet och därför skulle ha tilldelats ramavtal. I en situation som den uppkomna, det vill säga att två anbud hamnat på samma lägsta pris i en upphandling där principen om lägsta pris ska tillämpas, ska landstingen enligt praxis göra ett val som är affärsmässigt betingat. I ett sådant val kan landstingen enligt praxis ta hänsyn till tidigare erfarenheter av anbudsgivares genomförda uppdrag, besparade övergångskostnader etc. Med beaktande av dessa hänsyn ska landstingen i valet mellan GSK och Sanofi Pasteur välja Sanofi Pasteur, eftersom det valet är affärsmässigt betingat.

Vad avser andrahandsyrkandet har landstingen brutit mot nämnda regelverk genom att inte tilldela Sanofi Pasteur avtal för ens någon del av den volym som avser influensavaccin, trots att bolaget lämnat ett lika förmånligt anbud som GSK och därför tillsammans med GSK skulle ha tilldelats avtal. I upphandlingen skulle landstingen i den uppkomna situationen i vart fall ha kunnat fördela volymerna mellan GSK och Sanofi Pasteur. Bolagen har båda lämnat de lägsta priserna och borde rimligtvis behandlas lika. Att i stället genom lottning fördela hela volymen till den ena av två anbudsgivare strider såväl mot likabehandlings- som transparensprincipen.

Landstinget anförs i huvudsak följande i yttrande den 25 februari 2009. Landstinget medger Sanofi Pasteurs yrkande på så sätt att landstinget kommer att fatta ett nytt tilldelningsbeslut i enlighet med bolagets andrahandsyrkande.

Sanofi Pasteur anför i huvudsak följande i yttrande den 9 mars 2009. Sanofi Pasteur noterar med tillfredsställelse att landstinget medger Sanofi Pasteurs andrahandsyrkande. Sanofi Pasteur är under vissa förutsättningar berett att återkalla sitt förstahandsyrkande och yrka att länsrätten i dom förordnar i enlighet med Sanofi Pasteurs andrahandsyrkande. Innan detta sker vill Sanofi Pasteur dock få följande omständigheter skriftligen klarlagda av landstinget; (i) att medgivandet avser samtliga i målet inblandade motparter, (ii) att samtliga motparter kommer att fatta nya tilldelningsbeslut i enlighet med landstingets medgivande, (iii) att landstingen i de kommande tilldelningsbesluten kommer att fördela den verkliga volymen och inte endast den uppskattade volymen om 142 123 doser och att detta kommer att skrivas in i ramavtalen.

Landstinget anför i huvudsak följande i yttrande den 13 mars 2009. Såvitt avser Sanofi Pasteurs begäran om förtydligande av landstingets yttrande den 25 februari 2009 låter landstinget meddela följande. Efter hörande av de övriga landstingen bekräftas härmed att det medgivande som landstinget givit även omfattar övriga landsting. Landstingen kommer således att fatta nya tilldelningsbeslut som kommer att vara likalydande. Den angivna volymen om 142 123 doser är som Sanofi Pasteur påpekat den verkliga volymen för 2007 och ska ses som ett historiskt mått på omfattningen av upphandlingen. De ramavtal som kommer att tecknas avser givetvis den verkliga volymen för den tid avtalen gäller.

Sanofi Pasteur anför i huvudsak följande i yttrande den 25 mars 2009. Sanofi Pasteur återkallar härmed sitt förstahandsyrkande och yrkar att länsrätten i dom förordnar i enlighet med Sanofi Pasteurs och det av landstingen medgivna andrahandsyrkandet.

Länsrätten har den 13 februari 2009 beslutat att upphandlingen i den del begäran om överprövning avser inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska 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.

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

I 16 kap. 2 § LOU stadgas följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Av utredningen i målen framgår att landstingen medger Sanofi Pasteurs andrahandsyrkande på så sätt att landstingen kommer att fatta nya, likalydande tilldelningsbeslut i enlighet med andrahandsyrkandet. Av utredningen framgår vidare att Sanofi Pasteur återkallar sitt förstahandsyrkande och yrkar att länsrätten i dom förordnar i enlighet med Sanofi Pasteurs och det av landstingen medgivna andrahandsyrkandet, det vill säga att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att nya tilldelningsbeslut fattas, i vilka Sanofi Pasteur och GSK tilldelas avtal för lika stora delar av den volym som avser vaccin mot influensa.

Inledningsvis konstaterar länsrätten att det inte ligger inom den prövning som ankommer på allmän förvaltningsdomstol att förordna vilket anbud som ska antas i en upphandling. Dock framgår av utredningen i målet att landstingen har medgivit Sanofi Pasteurs andrahandsyrkande om att landstingen kommer att vidta rättelse på så vis att ett nytt tilldelningsbeslut kommer att fattas i vilket Sanofi Pasteur och GSK tilldelas avtal för lika stora delar av den volym som avser vaccin mot influensa. Landstingets yttrande får förstås som att så kommer att ske.

Mot bakgrund av Sanofi Pasteurs talan och landstingens medgivande av yrkandet om rättelse samt att det i förfrågningsunderlaget saknats upplysning om att lottning skulle kunna komma att fälla avgörandet för tilldelningsbeslut i upphandlingen finner länsrätten att Sanofi Pasteurs ansökan om åtgärder enligt LOU ska bifallas på så vis att länsrätten förordnar om att upphandlingen inte får avslutas till dess att rättelse vidtagits genom att landstingen i Dalarna, Gävleborg, Uppsala och Västmanland fattar nya tilldelningsbeslut i upphandlingen. Eftersom yrkandet i andra hand därmed ska bifallas, förfaller yrkandet att upphandlingen ska göras om.

Länsrätten ska därmed upphäva sitt interimistiska beslut meddelat den 13 februari 2009.

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



Elisabet Andersson

rådman

JWO