



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2017-04-03
Meddelad i Stockholm

Mål nr
23909-16

SÖKANDE

Celgene AB, 556704-2410
Kista Science Tower
164 51 Kista

Ombud: Advokat Niklas Sjöblom och jur.kand. Mattias Forsberg
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

MOTPART

1. Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

2. Region Gotland
621 81 Visby

Ombud: Landstingsjurist Paul Collins
Landstingsstyrelsens förvaltning
Hantverkargatan 45, Hus K
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-04-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 813975

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting och Region Gotland (gemensamt benämnda beställaren) genomför en upphandling av successiva leveranser av läkemedel till Stockholms läns landstings förvaltningar, bolag och stiftelser (SLL450, LS 2016-0122) och som även Region Gotland har rätt att avropa. Upphandlingen är uppdelad i ett stort antal positioner där var och en av de enskilda positionerna avser en specifik substans och läkemedelsform och upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Såväl Celgene AB och Orifarm AB lämnade anbud avseende position 131 i upphandlingen, som gäller läkemedlet Vidaza. Vid utvärdering av anbuden ansågs Orifarm AB ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och de tilldelades därför avtalet genom beslut den 27 oktober 2016.

Celgene AB ansöker om överprövning av upphandlingen gällande position 131 och yrkar att upphandlingen i den del som avser aktuell position ska rättas på så sätt att ny anbudsprövning ska genomföras varvid Orifarm AB:s anbud ska förkastas.

Till stöd för sin talan anför Celgene AB bl.a. följande. Beställaren har antagit Orifarm AB:s anbud, på grund av att de har lämnat det lägsta anbudspriset. Detta trots att anbudet inte uppfyller alla i upphandlingen uppställda obligatoriska krav. De obligatoriska krav som framgår i förfrågningsunderlaget och som Orifarm AB inte uppfyller är att de inte uppvisar en god leveranssäkerhet och att de inte på ett tillräckligt sätt redogjort för hur de avser säkerställa en god leveranssäkerhet under avtalstiden. I förfrågningsunderlaget har beställaren även redogjort för exempel på god leveranssäkerhet och då bl.a. angett att en servicegrad på över 98 % bedöms som god. Syftet med kravet är att säkerställa framtida leveranser och i förlängningen patientsäkerheten.

Orifarm AB innehar nuvarande kontrakt med beställaren och har därför under de senaste åren levererat bl.a. Vidaza till dem. Under den föregående kontraktperioden har Orifarm AB haft leveransproblem under november – december 2015, när deras leveransstatistik uppgick till 83,3 % respektive 50 %. Det ledde till att Celgene AB under den perioden, på förfrågan av ett flertal läkare, levererade Vidaza till beställaren. Leverensgraden under denna period har således markant understigit den servicegrad på 98 % som anges i förfrågningsunderlaget och Orifarm AB redogör på inget sätt i sitt anbud för de leveransproblem som förevarit eller beskriver hur man avser komma till rätt med dessa. Därtill kommer att Orifarm AB under hösten 2016 återigen synes ha drabbats av leveransproblem och därmed inte förmått att leverera det aktuella läkemedlet i sådan takt att den av beställaren angivna servicegraden uppfyllts. Att Orifarm AB till sitt anbud bifogat handling benämnd leveranssäkerhet och i detta dokument på ett övergripande plan redogör för sin verksamhet i stort och endast i generella ordalag beskriver sitt leveranssäkerhetsarbete innebär inte att Orifarm AB uppfyller det obligatoriska kravet på att offererade läkemedel ska kunna levereras med god leveranssäkerhet under avtalstiden, inte heller utgör det en acceptabel förklaring över vilka åtgärder som vidtagits.

En helhetsbedömning måste göras avseende ifall offererade läkemedel, i det här fallet Vidaza, kan levereras med god leveranssäkerhet under avtalstiden. Vid denna bedömning har beställaren bl.a. att ta hänsyn till sina egna erfarenheter av Orifarm AB:s tidigare leveranser av Vidaza, vad Orifarm AB anger avseende de tidigare leveransproblemen och hur dessa åtgärdats, samt de låga servicegrader som tidigare förevarit vid Orifarm AB:s leveranser av aktuellt läkemedel. Beställaren har haft kännedom om Orifarm AB:s leveransproblem men till synes underlåtit att beakta dem vid anbudsprövningen. Det som beställaren anför om att den angivna servicegraden inte har någon betydelse vid bedömningen är inte en

ändamålsenlig tolkning. Om tidigare leveransförmåga inte skulle vägas in i bedömningen av om kravet uppfylls skulle det innebära att kravet inte är kontrollerbart.

Beställarens beslut att anta Orifarm AB:s anbud strider mot LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. Eftersom Orifarm AB har tilldelats avtalet trots att de inte uppfyller samtliga obligatoriska krav har beställaren inte tillämpat kravspecifikationen avseende leveranssäkerhet på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget. Detta har medfört att Orifarm AB har gynnats på ett otillbörligt sätt, och därmed olikbehandlats jämfört med andra anbudsgivare.

Celgene AB har lämnat det näst lägsta anbudspriset i upphandlingen och skulle ha tilldelats kontraktet om beställaren rätteligen förkastat Orifarm AB:s anbud. Som följd av detta har Celgene AB lidit, eller kan i vart fall komma att lida, skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Beställaren bestrider Celgene AB:s yrkanden och anser att förvaltningsrätten ska lämna ansökan utan bifall.

Till stöd för sin talan anför beställaren bl.a. följande. Avseende leveranssäkerhet uppställs två obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget; att offererade läkemedel ska kunna levereras med god leveranssäkerhet under avtalstiden och att anbudsgivaren som bevis i anbudet ska redogöra för hur man avser säkerställa en god leveranssäkerhet under avtalstiden avseende de läkemedel som offereras. Det första obligatoriska kravet är framåtsyftande och handlar om anbudsgivarens förmåga att leverera med god leveranssäkerhet under den kommande avtalstiden. Syftet med det andra obligatoriska kravet är att anbudsgivaren ska redogöra för hur man avser att säkerställa god leveranssäkerhet under den kommande avtalstiden. Exempel

på hur man kan säkerställa en god leveranssäkerhet anges i senare stycke och innefattar bl.a. att en servicegrad som överstiger 98 % är att betrakta som god.

Det är korrekt att Orifarm AB under perioden november – december 2015 inte kunde tillgodose beställarens hela behov av Vidaza, och att Celgene AB under denna period ombesörjde leveranser. Orifarm AB:s servicegrad understeg under denna period den servicegrad på 98 % som beställaren normalt bedömer som god. Beställaren vill dock understryka att det inte finns något krav på att en anbudsgivare ska ha haft en servicegrad som överstiger 98 % under den föregående avtalsperioden. Beställaren förväntar sig givetvis att anbudsgivaren uppnår en god leveranssäkerhet under den kommande avtalstiden men servicegraden under den föregående avtalsperioden har för sig inte någon avgörande betydelse för kravuppfyllelsen.

Orifarm AB uppfyller de obligatoriska krav som uppställs avseende leveranssäkerhet. Den information som Orifarm AB redovisar om hur de avser att säkerställa en god leveranssäkerhet för offererade läkemedel under avtalstiden är tillräcklig för att uppfylla kravet om god leveranssäkerhet. De har också redogjort för sin leveransstatistik, vad leveransavvikelserna berott på och vilken åtgärd som vidtagits. Statistiken kan bara tolkas som att Orifarm AB har förklarat och lyckats åtgärda de kortvariga leveransproblemen och tillgången har varit stabil både innan och efter denna period.

Upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt och beställaren har inte på något sätt brutit mot LOU eller de EU-rättsliga principerna. Celgene AB lider inte och riskerar inte att lida någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår dock att den upphäva lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget anges att offererade läkemedel ska kunna levereras med god leveranssäkerhet under avtalstiden. En servicegrad över 98 % bedöms av Stockholms läns landsting som god. Orifarm AB redovisar i sitt anbud att de under perioden juni 2015 – maj 2016 har haft en leveranssäkerhet på 100 % förutom under november 2015 då den uppgick till 83,3 % och december 2015 då den uppgick till 50 %. Ytterligare leveransproblem har förekommit i slutet av 2016. Av anbudet framkommer vidare att Orifarm AB angående de lägre leveranssiffrorna hänvisar till en kortvarig restsituation och att de förväntar sig 100 % leveranssäkerhet framöver.

Orifarm AB lämnar i sitt anbud också en redogörelse för hur de arbetar med att uppnå god leveranssäkerhet.

Förvaltningsrätten anser att Orifarm AB lämnar rimliga förklaringar till tidigare leveransproblem och att de uttrycker väl hur de avser att arbeta med leveranssäkerhet i framtiden. Mot denna bakgrund och med hänsyn till att de tidigare har genomfört stabila leveranser under en längre tid gör förvaltningsrätten bedömningen att Orifarm AB uppfyller kravet att offererade läkemedel ska kunna levereras med god leveranssäkerhet under avtalstiden. Beställaren kan därmed inte anses ha brutit mot någon bestämmelse i LOU eller de EU-rättsliga principerna genom att godta deras anbud i denna del.

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren i anbudet som bevis redogöra för hur man avser säkerställa en god leveranssäkerhet under avtalstiden avseende de läkemedel som offereras. Av Orifarm AB:s anbud framgår att de arbetar för att uppnå god leveranssäkerhet bl.a. genom att de kontinuerligt arbetar med att bevaka varuflöden, lagersaldo, omfördelar lagret efter behov, uppdaterar prognoser och proaktivt hittar nya inköpsländer. Förvaltningsrätten anser att Orifarm AB genom sin redogörelse uppfyller kravet på redogörelse för hur man avser säkerställa en god leveranssäkerhet och att beställaren därmed inte kan anses ha brutit mot någon bestämmelse i LOU eller de EU-rättsliga principerna genom att godta deras anbud i denna del.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte har kommit fram att beställaren har brutit mot någon bestämmelse i LOU. Celgene AB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Terese Danielsson

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Maria Isaksson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.