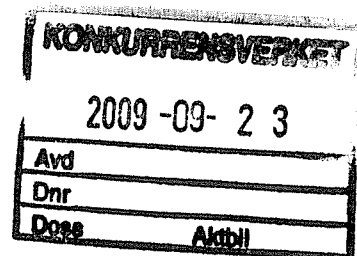




**LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN** **DOM**
2009 -09- 2 2
Meddelad i
Härnösand

Länsrättsnotarien J Machuca

Mål nr
1404-09 E



KLAGANDE

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

Ombud: Jur. kand. Jessica Eijvergård och jur. kand. Johan Kennemyr
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

1. Jämtlands läns landsting
Box 654
831 27 Östersund

2. Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

3. Norrbottens läns landsting
971 89 Luleå

4. Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

SAKEN

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

Landstinget Västernorrland, som för Landstinget Västernorrlands, Jämtlands läns landstings, Norrbottens läns landstings och Västerbottens läns landstings (landstingens) räkning genomför upphandling av läkemedel och läkemedelsnära produkter på rekvisition för Norra Regionen, har i tilldelningsbeslut den 6 juli 2009 meddelat att avtal kommer att tecknas i enlighet med tilldelningsbeslutet. Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande.

Baxter Medical AB (Baxter) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar vid länsrättens slutliga prövning att upphandlingen avseende ATC-koderna B01AB02 och B05AA01 ska göras om. Till grund för ansökan anför Baxter i huvudsak följande. Det anbud från Octapharma Nordic AB

Dok.Id 55840

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611-34 98 00 E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se	0611-34 98 10	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

(Octapharma) som landstingen antagit avseende ATC-koderna B01AB02 och B05AA01 uppfyller inte i förfrågningsunderlaget uppställt skallkrav. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomi med låg risk att komma på obestånd under upphandlingsperioden (lägst riskklassificering 3 i rapport från Upplysningscentralen eller motsvarande). Som bevis på detta ska anbudsgivaren bifoga en rapport från Upplysningscentralen (UC) eller liknande som påvisar en stabil ekonomi med låg riskklassificering). Den rapport som Octapharma inkluderat i sitt anbud avser ett annat bolag – Octapharma AB (org.nr. 556550-4833). Länsrätten har i mål 643-09 E tidigare prövat förenligheten av ett sådant förfarande avseende andra ATC-koder inom samma upphandling vari länsrätten funnit att den av Octapharma ingivna rapport avseende ett dotterbolag inte inneburit att skallkravet varit uppfyllt. Länsrätten har funnit att rapporten som företes ska avse anbudsgivaren och inte något annat bolag oavsett om detta bolag ingår i samma koncern som det anbudsgivande bolaget. Eftersom uppställt skallkrav som inte är uppfyllt innebär att anbud inte får prövas, utvärderas och antas skulle Octapharmas anbud rätteligen ha förkastats. Vad gäller ATC-kod N02AA05 innebär landtingens tilldelningsbeslutet att upphandlingen görs om eftersom en enda leverantör kvarstår och att reell möjlighet att anta enda kvarvarande leverantörs anbud med bibehållen konkurrens därmed saknas. Av tilldelningsbeslutet framgår dock att landstingen avseende ATC-koderna B01AB02, B02BD01, B05AA01 och J06BB01 beslutat att inte göra om upphandlingen trots att Octapharma, som tilldelats kontrakt, kvarstår som enda leverantör. Eftersom denna gynnande särbehandling av Octapharma i sin tur medför att upphandlingen för ATC-koderna B01AB02 och B05AA01 inte görs om utan kontrakten tilldelas Octapharma, har bolaget lidit skada därav. Mot denna bakgrund är det visat att upphandlingen är felaktig och att landstingens handlande strider mot 1 kap. 9 § LOU och de däri uttalade principerna om transparens och likabehandling.

Landstingen anför följande i yttrande till länsrätten. Det är korrekt att Octapharma i egenskap av anbudsgivare inkommit med en kreditupplysningsrapport från UC vilken är att hänföra till en koncerngemensam association. Landstingen har emellertid vidtagit åtgärder, vilka kommer till uttryck i tilldelningsbeslutet, som står i förenlighet med domslut som avgetts av länsrätten i mål nr 500-09 E, 506-09 E, 507-09 E samt 508-09 E. Med undantag för de ATC-koder där landstinget valt att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens har i övrigt således tilldelningsbeslutet fattats i förenlighet med länsrättens domslut. – Vad beträffar sökandens påstående om att landstingen särskilt gynnat och särbehandlat Octapharma jämfört med andra leverantörer” delar landstingen inte denna uppfattning. Det vitsordas att tilldelningsbesluten inte fattats i konsekvens så till vida att landstingen i vissa avseenden valt att teckna kontrakt med enda kvarvarande leverantör, till följd av länsrättens domslut i ovan nämnda mål, samt i andra avseenden valt att fatta beslut om avbrytande av upphandlingen. Landstingen menar dock att det inte föreligger något explicit krav på att en upphandling ska avslutas med att ett kontrakt tilldelas en anbudsgivare. Stöd för att även fatta beslut om att avbryta upphandlingen finns således. Föreligger sakliga skäl, vilket landstingen bedömt är fallet till följd av en enda kvarvarande anbudsgivare, finns därför anledning att avbryta en upphandling. Emellertid innebär detta motsatsvis inte nödvändigtvis att den upphandlande myndigheten är skyldig att avbryta upphandlingen då endast en kvarvarande leverantör återstår, inte heller kan detta enligt landstingets mening inte innebära att det ena utesluter det andra. Besluten har fattats utifrån ett perspektiv som handlar om patientsäkerhet och ett primärt behov av att trygga läkemedelsförsörjningen inom landstingen. I vissa avseenden, dvs. för vissa ATC-koder, har behovet av att generera en kontrahent till landstingen snarast möjligt efter länsrättens domslut vägt tyngre än behovet av att försöka tillvarata mesta möjliga konkurrens på den aktuella marknaden. Det sistnämnda som i dessa fall

endast kunnat möjliggöras genom att avbryta upphandlingen, för aktuell ATC-kod, och sedermera upphandla denna på nytt.

Baxter anför sammanfattningsvis följande i yttrande. Vad gäller ATC-koderna B01AB02 samt B05AA01 är det ostridigt att Octapharmas anbud till följd av den bilagda UC-rapporten inte uppfyller skullkravet i förfrågningsunderlaget. Landstingen har inte på något sätt framfört att skullkravet skulle vara uppfyllt, utan har endast anfört argument utan stöd i LOU eller gemenskapsrätten som förklaring till sitt agerande att trots denna vetskap anta Octapharma i det nya tilldelningsbeslutet. Länsrätten har redan i mål nr. 643-09 E, där sakfrågan var densamma som förevarande mål, konstaterat att Octapharma ska uteslutas från deltagande i upphandlingen. Ogiltigheten smittar Octapharmas inom samtliga ATC-koder, eftersom felet hänför sig till den felaktiga UC-rapporten. Rätteligen skulle således Octapharma helt och hållet ha uteslutits från deltagande inom upphandlingen. En anbudsgivare vars hela anbud konstaterats vara ogiltigt kan givetvis inte tilldelas ett upphandlingskontrakt i ett nytt tilldelningsbeslut inom samma pågående. Eftersom landstingen trots detta tilldelat Octapharma upphandlingskontrakt i nytt tilldelningsbeslut har upphandlingen genomförts i strid med LOU. Därför måste länsrätten nu förordna om att anbudet från Octapharma ska uteslutas och att upphandlingen gällande ATC-koderna B01AB02 samt B05AA01 ska göras om.

Landstingen anför bl.a. följande i yttrande till länsrätten. Landstingen vitsordar det av sökanden anförda som i och för sig riktigt beträffande Octapharmas underlåtenhet att inkomma med en kreditvärderingsrapport hänförlig till det offererande bolaget. Icke desto mindre framhålls att landstingen agerat i förenlighet med länsrättens tidigare domslut i av sökanden åberopade domar. Att det skulle ha ålegat landstingen att vidta åtgärder utöver vad som följer av dessa har inte varit landstingens uppfattning. Inte minst länsrättens beslut om att endast stoppa upphandlingen så vitt avser

berörda ATC-koder talade för denna uppfattning. Landstingen kan av domslutet i det av leverantören åberopade målet från Länsrätten i Västernorrlands län, mål nr 643-09 E, inte utläsa att samtliga ATC-koder för vilka Octapharma inkommit med anbud skulle varit smittade av det aktuella målets domslut. Landstingen framhålla att avsikten härmed aldrig varit att särbehandla Octapharma på något vis som skulle stå i strid med LOU varvid sökanden eller någon annan skulle kunna komma att lida skada.

Länsrätten beslutade interimistiskt den 13 juli 2009 att upphandlingen avseende ATC-koderna B01AB02 och B05AA01 tills vidare inte fick avslutas.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår 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.

Av punkten obligatoriska krav (2.1.) i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter i upphandlingen framgår bl.a. följande. ”Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns skall. Förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda.” Av punkten ”Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning” (2.4.2.) i de administrativa föreskrifterna framgår följande:

Anbudsgivaren skall ha en stabil ekonomi med låg risk att komma på obestånd under upphandlingsperioden, (lägst riskklassificering 3 i rapport från Upplysningscentralen eller motsvarande). Som ett bevis på detta skall anbudsgivaren bifoga en rapport från Upplysningscentralen (UC) eller liknande som påvisar en stabil ekonomi med låg riskklassificering.

Länsrätten gör följande bedömning.

Som en följd av sökandens yrkande och därefter av länsrätten fattat interimistiskt beslut, avgränsas rättens bedömning till frågan om ATC-koderna B01AB02 och B05AA01 i föreliggande upphandling.

Baxter har anfört att Octapharma inte uppfyller samtliga skallkrav som ställts i upphandlingens förfrågningsunderlag. Länsrätten konstaterar att det är i förfrågningsunderlaget som ramen och förutsättningarna för en upphandling fastställs. De skallkrav som uppställs i förfrågningsunderlaget innehåller kvalificeringskrav som måste vara uppfyllda för att ett anbud överhuvudtaget ska utvärderas. Anbud som inte uppfyller skallkraven ska förkastas. Den upphandlande myndigheten måste med andra ord hålla sig till de förutsättningar som den själv fastställt i förfrågningsunderlaget. Av utredningen i målet framgår att bolaget Octapharma Nordic AB lämnat anbud i upphandlingen men att den kreditrapport som bolaget gett in i upphandlingen avser Octapharma Nordic AB:s dotterbolag Octapharma AB. Mot bakgrund av skallkravet i förfrågningsunderlaget, där det bl.a. framgår att anbudsgivaren ska påvisa en stabil ekonomi med låg riskklassificering med en rapport från Upplysningscentralen eller liknade, bedömer länsrätten att rapporten som företes ska avse anbudsgivaren och inte något annat bolag, oavsett om detta bolag ingår i samma koncern som det anbudsgivande bolaget. Länsrätten finner därmed att Octapharma inte uppfyllt det ovan nämnda skallkravet, varför Octapharmas anbud gällande ATC-koderna B01AB02 och B05AA01 skulle ha förkastats. Genom att utvärdera Octapharmas anbud i denna del trots att Octapharma inte uppfyllt de

obligatoriska skullkraven har landstingen brutit mot 1 kap. 9 § LOU, vilket medfört att Baxter lidit eller kan komma att lida skada.

Eftersom länsrätten genom dom i mål nr 500-09 E, 506-09 E, 507-09 och 508-09 E förkastat CSL:s och Baxter Medical AB:s anbud avseende nu aktuella ATC-koder och det därmed inte längre finns någon anbudsgivare som landstingen kan teckna avtal med, måste upphandlingen avseende de nu aktuella ATC-koderna göras om.

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att landstingens upphandling gällande ATC-koderna B01AB02 och B05AA01 ska göras om.

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


Anita Enocksson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 nå 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.