

# REGERINGSRÄTTENS DOM

Mål nr  
3411-3413-09

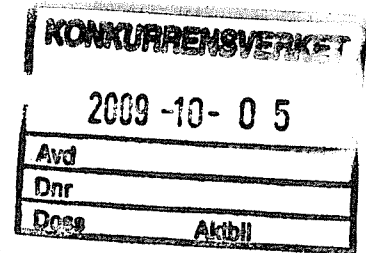
meddelad i Stockholm den 2 oktober 2009

## KLAGANDE

Sanofi Pasteur MSD S.N.C., 392032934

Ombud:

Advokaterna Anna Ulfsdotter Forssell och Kristian Pedersen  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm



## MOTPARTER

1. Region Skåne
2. Landstinget Blekinge
3. Landstinget i Kalmar län

Ombud för 1-3:

Regionjuristen Bengt Guldager  
Region Skåne  
291 89 Kristianstad

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 maj 2009 i mål nr 2079-2081-09, se bilaga

## SAKEN

Offentlig upphandling

## REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Regeringsrätten avslår överklagandet. Regeringsrättens beslut den 22 maj 2009 om att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har bestämts upphör därmed att gälla.

Dok.Id 79264

Postadress  
Box 2293  
103 17 Stockholm

Besöksadress  
Wallingatan 2

Telefon  
08-561 676 00  
E-post: regeringsratten@dom.se

Telefax  
08-561 678 20

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-12:00  
13:00-16:30

**YRKANDEN M.M.**

Sanofi Pasteur MSD S.N.C. (bolaget) yrkar att Regeringsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. De upphandlande myndigheterna har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens genom att särskilja bolagets anbud och anbudet från Solvay Pharma AB (Solvay) genom lottning trots att det inte angetts i förfrågningsunderlaget att lottning skulle kunna komma att ske. Bolaget har offererat lika lågt pris som Solvay och har därför haft lika stor rätt som Solvay att tilldelas ramavtal. Till följd av lottningen har bolagets anbud behandlats på ett mindre förmånligt sätt än Solvays anbud. Användning av lottning är aldrig tillåten när det inte angetts i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling att lottning kan bli aktuell. Om bolaget hade vetat att lottning skulle komma att ske, hade man utformat sitt anbud på annat sätt. I den mån lottning över huvud taget får tillgripas måste förfarandet vara oantastligt och objektivt. Det måste också möjliggöra granskning av hur lottningen genomförs, och samma krav bör ställas som vid anbudsöppning. Lottningen har inte genomförts på ett objektivt och oantastligt sätt som varit möjligt att övervaka genom en oberoende kontrollant.

Region Skåne, Landstinget Blekinge och Landstinget i Kalmar län (de upphandlande myndigheterna) bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Lottning är en opartisk metod för särskiljande av två exakt lika anbud. Av aktuellt lottningsprotokoll framgår att lottningen har genomförts på ett opartiskt sätt. Att ett särskiljande skulle komma att ske vid flera lika anbud kan inte ha kommit som en överraskning för någon av anbudsgivarna, eftersom det av upphandlingsunderlaget tydligt framgår att endast ett anbud antas. Avsaknaden i upphandlingsunderlaget av information om möjlig lottning kan i vart fall inte utgöra en så stor brist att upphandlingen ska göras om.

Regeringsrätten har i beslut den 22 maj 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har bestämts.

**SKÅLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Av handlingarna i målet framgår följande. De upphandlande myndigheterna upphandlar genom öppet förfarande ramavtal om köp av vaccin. Det anbud ska antas som innehåller det lägsta priset i fråga om en viss garantivolym. Om mer än en anbudsgivare lämnat samma lägsta pris för den volymen, ska avtal ingås med den som erbjuder lägst pris beträffande en angiven optionsvolym. Bolaget och en annan anbudsgivare har lämnat lika anbud med lägst pris i fråga om båda volymerna. Myndigheterna har antagit ett av anbuden efter lottning.

Det finns inte någon reglering som särskilt tar sikte på hur en upphandling ska avgöras när i ett fall som detta mer än ett anbud vid ett öppet förfarande innehåller lägst pris. De grundläggande principer som uttrycks i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling måste emellertid följas. Enligt paragrafen ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Regeringsrätten gör följande bedömning.

När två lika anbud med lägsta pris har lämnats vid ett öppet förfarande där bara ett anbud ska antas ligger det nära till hands att skilja anbuden åt genom lottning. För detta talar att lottning förekommer i många sammanhang där man vill låta slumpen särskilja fall som i alla relevanta avseenden är lika, bl.a. när det visat sig att de vanliga urvalsreglerna inte räcker till. Det anses allmänt att en sådan metod inte i sig gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad. Något principiellt hinder mot att vid lika anbud använda lottning finns därför inte.

En offentlig upphandling ska genomföras på ett öppet sätt, vilket normalt förutsätter att det av förfrågningsunderlaget ska framgå hur den upphandlande myndigheten ska gå till väga vid anbudsprövningen. I den nu aktuella upphandlingen har upplysningar inte lämnats om att lottning skulle kunna komma

Mål nr  
3411-3413-09

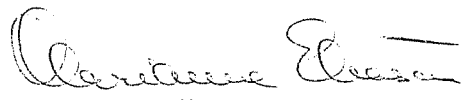
att ske. Som framgått är emellertid lottning ett allmänt vedertaget förfarande för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall står mot varandra. Det skulle därför föra för långt att kräva att myndigheterna i förfrågningsunderlaget uttryckligen skulle ha redovisat att lottning skulle komma att göras om övriga angivna urvalsmekanismer inte gav avsett resultat.

När det gäller själva lottningsförfarandet framgår det av ett protokoll att tre personer vid de upphandlande myndigheterna har intygat att lottningen gått korrekt till. Någon utomstående kontrollant har inte varit närvarande och inte heller getts möjlighet att närvara. Även med beaktande av detta förhållande har det emellertid inte kommit fram någon omständighet som ger anledning att anta att lottningen utförts på ett sätt som inte kan godtas.

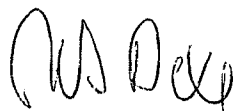
Det anförda innebär att den aktuella upphandlingen inte genomförts på ett sätt som medfört en kränkning av de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling. Upphandlingen behöver därför inte göras om och överklagandet ska avslås.



Sten Heckscher



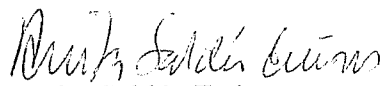
Marianne Eliason



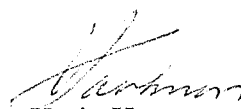
Nils Dexe



Kristina Ståhl



Anita Saldén Enérus



Karin Hartmann

Föredragande regeringsrätts-  
sekreterare

Avd. I

Föredraget 2009-09-16