



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2018-04-10
Meddelad i Malmö

Mål nr
13418-13422-17
13480-17,
13482-17

SÖKANDE

Pfizer Innovations AB, 556986-8002

Ombud: advokaterna Christofer Morales och Annika Blomqvist
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Skåne, 232100-0255
291 89 Kristianstad

2. Helsingborgs stad
251 89 Helsingborg

3. Trelleborgs kommun
Algatan 13
231 83 Trelleborg

4. Höörs kommun
Box 53
243 21 Höör

5. Burlövs kommun
Box 53
232 21 Arlöv

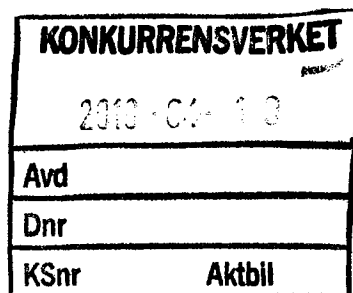
6. Landstinget i Blekinge län
371 81 Karlskrona

7. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

Ombud för 1-7: Regionjurist Veronika Bernhardsson Ozmec
Enheten för juridik
Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



Dok.Id 425927

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Pfizer Innovations AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Region Skåne, Helsingborgs stad, Trelleborgs kommun, Höörs kommun, Burlövs kommun, Landstinget i Blekinge län och Landstinget i Kalmar län (nedan kallade Region Skåne) genomför en gemensam upphandling av vaccin, (Pneumokockvaccin 2018). Upphandlingen omfattar tre olika delområden, Delområde 1, 2 och 3. Något tilldelningsbeslut är såvitt förvaltningsrätten känner till ännu inte fattat.

Den 12 december 2017 förordnade förvaltningsrätten att Region Skåne inte får ingå avtal för delområde 3 i upphandlingen av pneumokockvaccin 2018 innan något annat har bestämts.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Pfizer Innovation AB (Pfizer) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen avseende Delområde 3, barnvaccination, ska göras om. Som grund för sin talan anför Pfizer bl.a. följande.

Det föreligger skillnader mellan pneumokockvaccinerna (PCV10 och PCV13) ur ett vetenskapligt och folkhälsoperspektiv. De två vaccinerna bör därför inte likställas. I upphandlingen utvärderas anbuden enbart på basis av lägsta pris. Pfizer har under upphandlingen frågat Region Skåne vilka skäl som ligger bakom besluten att utvärdera anbud enbart på basis av lägsta pris och inte beakta kvalitetsaspekter. Region Skåne har dock inte återkommit med sådana skäl. Det är Pfizers uppfattning att det innebär en överträdelse

av 4 kap. 1 och 2 §§ LOU att utvärdera de två vaccinerna enbart på basis av lägsta pris.

Det följer av 4 kap. 2 § LOU att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och inte i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Detsamma följer av artikel 18.2. 2 st. i det direktiv som LOU baseras på (direktiv 2014/24/EU), vilket har implementerats genom 4 kap. 2 § LOU.

Ett vaccin med bredare täckning och med fördelar ur ett vetenskapligt och ur folkhälsoperspektiv medför högre kostnader för leverantören. Om sådana kvalitetsaspekter inte beaktas i upphandlingen innebär det att leverantören som tillhandahåller ett sådant vaccin i praktiken kommer att sakna möjlighet att tilldelas kontrakt.

Genom att endast utvärdera priset, skulle det därför vara möjligt för upphandlande myndigheter att utforma en upphandling så att en leverantör otillbörligt gynnas framför den andre. På den aktuella marknaden innebär det att upphandlande myndigheter genom att välja att utvärdera endast lägsta pris i praktiken skulle kunna begränsa konkurrensen till endast en leverantör och därigenom i princip kunna välja vilken leverantör som ska tilldelas kontrakt. Detta är inte förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna i LOU och innebär en överträdelse eftersom upphandlingen då utformas så att konkurrensen begränsas. En effektiv konkurrens på den aktuella marknaden förutsätter således att kvalitetskriterier används vid utvärderingen. Det är Pfizers uppfattning att valet av lägsta pris som utvärderingsgrund är opro-

portionerligt i förhållande till de effekter det får på konkurrensen på den aktuella marknaden och att valet av utvärderingsgrund därmed även strider mot proportionalitetsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Risken med lägsta prisupphandlingar på den aktuella marknaden riskerar att leda till en monopolliknande situation med endast en leverantör som får möjlighet att leverera till det offentliga. Vidare riskerar det att leda till en generell prisökning för konjugerat pneumokockvaccin eftersom en leverantör av ett vaccin med ett smalare skydd utan risk kan öka sina priser då den ende konkurrenten ändå inte skulle ha någon möjlighet att konkurrera. De huvudsakliga syftena med upphandlingsregelverket är att tillvarata konkurrensen på marknaden och därigenom säkerställa att offentliga medel används på bästa sätt. En upphandling av konjugerat pneumokockvaccin där endast pris beaktas strider således mot själva syftena med upphandlingsregelverket.

Som en följd av hur upphandlingen utformats har Pfizer förhindrats att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och har i praktiken exkluderats från möjligheten att tilldelas kontrakt. I förlängningen riskerar Pfizer att effektivt exkluderas från den offentliga marknaden om andra upphandlande myndigheter skulle utforma upphandlingar av konjugerat pneumokockvaccin på motsvarande sätt. En monopolliknande situation skulle då riskera att uppkomma. Region Skåne har tidigare beaktat kvalitetsapsekter vid upphandling av pneumokockvaccin.

Region Skåne anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Det finns två godkända vacciner mot pneumokocker i barnvaccinationsprogrammet (PVC 10 och PVC 13). Vilket av de två vaccinen som används är

upp till kommunerna och landstingen att fritt bestämma. Eftersom de båda pneumokockvaccinen uppfyller de krav och behov som Region Skåne har, har Region Skåne valt lägsta pris som grund för utvärderingen. Samtliga anbudsgivare har behandlats likvärdigt och några oproportionerliga krav har inte ställts varken på leverantörerna eller på produkten. Att utvärdera ytterligare parametrar såsom kvalitet har inte varit nödvändigt och skulle kunna strida mot proportionalitetsprincipen. Att Region Skåne tidigare beaktat kvalitetsaspekter vid upphandling av vaccin saknar betydelse för om nu aktuell upphandling strider mot LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § 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.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen, och på talan av leverantör, som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Region Skånes utvärderingsmodell i nu aktuell upphandling strider mot LOU. Pfizer har gjort gällande att inte bara pris utan även kvalitetsaspekter bör beaktas vid utvärderingen.

Enligt 16 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas enligt någon av följande grunder: 1. Bästa förhållande mellan pris och kvalitet 2. Kostnad, eller 3. Pris.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad den önskar upphandla utifrån de behov som föremålet för upphandlingen ska tillgodose. Det innebär också att den upphandlande myndigheten har stor frihet att bestämma den utvärderingsmodell som på ett godtagbart sätt kan leda till att den upphandlande tjänsten eller varan motsvarar de behov som motiverade upphandlingen. Det väsentliga är att upphandlingsdokumentet är så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse. Vidare ska utvärderingsmodellen vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Av 16 kap. 1 § sista stycket LOU framgår att upphandlande myndighet i något av upphandlingsdokumenten ska ange den grund för utvärdering av anbud som myndigheten avser att använda. Region Skåne har ansett att båda de pneumokockvaccin som är godkända för barnvaccinationsprogrammet uppfyller de krav och behov som Region Skåne har. Region Skåne har därför valt pris som utvärderingsgrund, vilket framgår av punkten 1.2.4 i upphandlingsdokumentet.

Förvaltningsrätten anser inte att det framkommit att den utvärderingsgrund som Region Skåne valt i nu aktuell upphandling strider mot 4 kap. 1 § LOU

eller någon annan bestämmelse i lagen. Det är heller inte visat att den utvärderingsmodell som Region Skåne valt har utformats i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas otillbörligen på sätt som avses i 4 kap. 2 § LOU. Det finns därmed inte grund för ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska avslås. I konsekvens härmed faller förvaltningsrättens interimistiska beslut.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1B LOU)

Madeleine Westberg

Ulrika Skogler har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.