



KONKURRENSVERKET	
2012-04-24	
Avd	
Dnr	
Dess	Aktbil

KLAGANDE

Abbott Scandinavia Aktiebolag, 556046-6137
Box 1711
111 87 Stockholm

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren, jur.kand. Daniel Björklund och
jur.kand. Anna Lapinska
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös beslut den 30 mars 2012 i mål nr 2807-12,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Abbott Scandinavia Aktiebolag (nedan bolaget) yrkar att kammarrätten
upphäver förvaltningsrättens beslut samt visar målet åter till förvaltningsrät-
ten för erforderlig handläggning. Bolaget åberopar vad det tidigare anfört

och tillägger i huvudsak följande. I målet är ostridigt att de avtal som upphandlingen avser utgör skriftliga avtal mellan en upphandlande myndighet och ett antal leverantörer. Såvitt bolaget förstår är parterna också överens om att avtalet innehåller ekonomiska villkor i enlighet med den definition av ett upphandlingspliktigt kontrakt som återfinns i 2 kap. 10 § LOU. Förvaltningsrätten har dock funnit att syftet med upphandlingen inte har varit att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader och att avtalen således inte omfattas av LOU. Det är dock oklart för bolaget vad förvaltningsrätten i stället anser vara syftet med avtalet. Förvaltningsrätten har förbisett vad avtalet faktiskt innebär för Landstinget och de leverantörer som Landstinget efter genomförd upphandling väljer att teckna kontrakt med. Det kan nämligen konstateras att upphandlingen innebär ett avtalsmässigt åtagande från Landstinget att, efter bästa förmåga, rekommendera förskrivning av läkemedel från de leverantörer som i upphandlingen erbjuder den största återbäringen på produkterna. I praktiken innebär detta åtagande att Landstinget åtar sig att ange utvalda läkemedel på den lista över rekommenderade läkemedel som Landstingets läkemedelskommitté tillställer förskrivarna inom Landstingets upptagningsområde. Det är därför också sannolikt att tilldelningen av kontrakt i upphandlingen har en negativ inverkan för de leverantörer som inte deltagit i Landstingets otillåtna upphandlingsförfarande.

Landstinget, som genom nämnda lista i stor utsträckning redan kontrollerar förskrivningen av öppenvårdsprodukter, vill således genom upphandlingen även kontrollera prissättningen på efterfrågade produkter i upphandlingen och i detta syfte använda just läkemedelskommitténs i lag grundade förskrivningsrätt till att styra förskrivningen av aktuella läkemedel inom öppenvården, vilka till stor del finansieras av Landstinget, till de leverantörer som i upphandlingen erbjuder det för Landstinget mest fördelaktiga alternativet. De av Landstinget bekostade läkemedelsinköpen inom öppenvården kommer följaktligen att vara beroende av resultatet i upphandlingen. I utbyte mot att leverantören åtar sig att sälja varor till ett rabatterat pris erhåller

leverantören ett löfte om att Landstinget efter bästa förmåga ska tillse att leverantörens försäljning ökar. Eftersom ifrågavarande kontrakt har implementerats har bolaget redan fått indikationer på att upphandlingsresultatet fått förväntat genomslag i Region Skåne avseende öppenvårdsförskrivning av läkemedlet Cimzia. Det är således uppenbart att upphandlingen i praktiken syftar till att utse vilka leverantörer som i första hand ska få sina läkemedel förskrivna till den patientpopulation inom öppenvården för vilken Landstinget bär kostnaden. Det sagda visar att det är fråga om en upphandling av ett sådant inköp av vara som avses i 2 kap. 10 och 13 §§ LOU och ska som sådant, då även övriga rekvisit i lagstiftningen är uppfyllda, prövas enligt nämnda lag. Något undantag för inköp av aktuella varor finns inte i LOU.

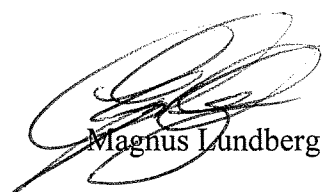
Förvaltningsrätten har, i likhet med Landstinget, av oklar anledning hänvisat till lagen (2002:§160) om läkemedelsförmåner m. m., vilken hindrar Landstinget från att göra direkta inköp av öppenvårdsprodukter. Den omständigheten att priset för läkemedel inom öppenvården rätteligen ska fastställas av Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket och att Landstinget därmed är förhindrat att, på sätt som skett i upphandlingen, genom direkta kontrakt med leverantörer styra förskrivningarna av läkemedel på annat sätt än att genom en läkemedelskommitté lämna anvisningar grundade på vetenskap och beprövad erfarenhet (se 3 § lagen (1996:1157) om läkemedelskommittéer) kan dock omöjligen frånta upphandlingen, som närmast är ett försök att kringgå nämnda lagstiftning, dess karaktär av ett upphandlingspliktigt offentligt inköp av läkemedel. Eftersom Landstinget nu på eget bevåg valt att genom en offentliggjord upphandling konkurrensutsätta de aktuella produkterna är det fullständigt irrelevant för bedömningen av LOU:s tillämplighet att Landstinget egentligen bör anses vara förhindrat att vidta sådan åtgärd enligt annan tvingande lagstiftning.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

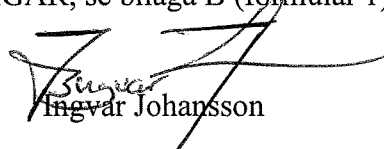
Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller lagen för offentlig upphandling av bl.a. varor och tjänster. I förevarande fall har Region Skåne, efter ett förfarande som visserligen i väsentliga avseenden följt systemet vid offentlig upphandling, träffat avtal med några läkemedelsföretag innebärande att regionen åtar sig att, så långt det är praktiskt möjligt, vid nyföreskrivning rekommendera de läkemedel som ger regionen mest totalekonomisk nytta mot att företagen åtar sig att till regionen betala återbäring på all försäljning av läkemedlen enligt närmare bestämmelser i avtalen. Enligt kammarrättens mening kan regionen inte anses ha gjort en *upphandling* av varor eller tjänster utan har i stället åtagit sig att *leverera* en tjänst i form av en rekommendation för vilken regionen får betalning i form av återbäring. Kammarrätten anser inte att LOU är tillämplig på ett sådant förfarande. Överklagandet ska därför avslås.


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Magnus Lundberg



Ingvar Johansson



Berit Nilsson
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

BESLUT
2012-03-30
Meddelat i Malmö

Bilaga A Sida 1 (4)
Mål nr
2807-12 E

SÖKANDE

Abbott Scandinavia Aktiebolag, 556046-6137
Box 1498
171 29 Solna

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren, jur. kand. Daniel Björklund och
jur. kand. Anna Lapinska
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);
nu fråga om avvisning

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar Abbott Scandinavia Aktiebolags ansökan om
ingripande enligt LOU.

Dok.Id 103855

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522	Kalendegatan 6	040-35 35 00	040-97 24 90	måndag – fredag
203 20 Malmö		E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se		08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför en upphandling avseende en lokal överenskommelse avseende TNF-alfahämmare i öppenvården, dnr 1200096. Upphandlingen syftar till att upprätta ett avtal om återbäring mellan Region Skåne och de leverantörer som tillhandahåller TNF-alfahämmare. Överenskommelsen avser läkemedel som förskrivs på recept eller via Dostjänst till invånare folkbokförda i Region Skåne och som ingår i läkemedelsförmånen enligt Tandvårds- och läkemedelsförmånsverkets beslut. Region Skåne har tecknat avtal med Merck, Sharp & Dohme AB och med UCB Pharma AB.

Abbott Scandinavia Aktiebolag (Abbott) har ansökt om överprövning av avtalens giltighet samt yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att avtalen inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. Abbott anför bl.a. följande. För det första har Region Skåne annonserat upphandlingen i TED/EUT som förhandlat förfarande. För det andra har Region Skåne inkluderat ett kontrakt med ekonomiska villkor. För det tredje har Region Skåne avslutat upphandlingen genom att ingå kontrakt innehållande ekonomiska villkor. För det fjärde har Region Skåne uppställt kvalitativa krav på deltagande leverantörer vilket i sig visar att det är fråga om inköp av produkter med kommersiella villkor. För det femte kan aldrig det förhållandet att inga volymgarantier ges samt att Region Skåne kan göra avsteg från sin motprestation under åberopande av patientsäkerhet medföra att ingen upphandlingsplikt uppkommer. Ett upphandlingspliktigt varukontrakt har uppkommit enligt LOU. Region Skåne har att följa vad som förskrivs i LOU och borde rätteligen ha tillämpat bestämmelsen rörande avtalsspärr. Eftersom Region Skåne ingått kontrakt utan att respektera avtalsspärren har man berövat Abbott chansen att få sin ansökan om överprövning rättsligt prövad. Det föreligger därmed grund att förklara ingångna kontrakt ogiltiga.

Region Skåne har getts tillfälle att yttra sig över ansökan och anför bl.a. följande. Region Skåne genomför inte köp av öppenvårdsläkemedel utan lagstiftningen innebär i stället en statligt riktad förmån till förmånsberättigade enskilda individer. Regioner och landstings uppgift enligt lagen om läkemedelsförmåner m.m. är att ersätta kostnaderna för dessa förmåner. I arbetet med att verka för en effektivare och mer rationell läkemedelsanvändning har Region Skåne valt att i ett transparent förfarande efterfråga möjlig återbäring. I avtal om återbäring åtar sig Region Skåne endast att rekommendera de läkemedel som ger mest totalekonomisk nytta, vilket inte nödvändigtvis innebär det läkemedel för vilket återbäring har överenskommits. Det kan konstateras att upphandlingskyldighet endast föreligger för slutenvårdsläkemedel men inte för öppenvårdsläkemedel, däribland nu aktuella TNF-alfahämmare. För öppenvårdsläkemedel gäller i stället läkemedelsförmånslagens bestämmelser om förmån till förmånsberättigade enskilda.

SKÄL FÖR BESLUTET

Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller denna lag för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar.

Med offentlig upphandling avses, enligt 2 kap. 13 § LOU, de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.

I lagen (2002:160) om läkemedelsförmåner m.m. anges i 5 § första stycket att med läkemedelsförmåner enligt denna lag avses ett skydd mot höga kostnader vid inköp av sådana förmånsberättigade varor som avses i 15 och 18 §§. Förmånerna innebär en reducering av den enskildes kostnader för sådana varor.

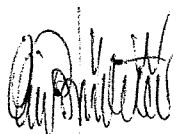
I 7 § samma lag anges att Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket beslutar om ett läkemedel eller en vara som avses i 18 § ska ingå i läkemedelsförmånerna och fastställer inköpspris och försäljningspris som, med de undantag som anges i 7 a och 7 b §§, ska tillämpas av öppenvårdsapoteken.

I 22 § samma lag anges att kostnader för förmåner enligt denna lag ersätts av det landsting inom vars område den berättigade är bosatt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I förevarande fall har Region Skåne ingått avtal om återbäring. Syftet har således inte varit att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att avtalen om återbäring inte omfattas av LOU och det föreligger därmed inte någon skyldighet för Region Skåne att upphandla enligt LOU. Abbotts ansökan om överprövning av avtalens giltighet ska därmed avvisas. Vid sådant förhållande finns det inte skäl att besluta om att avtalen inte får fullgöras.

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



Ola Brändström

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.