



**LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN**

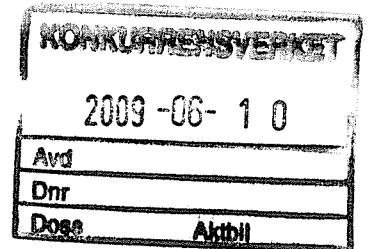
Länsrättsnotarien Y Gilbert

DOM
2009 -06- 0 8

Meddelad i
Härnösand

Mål nr

514, 517, 518, 521-09 E



SÖKANDE

Mundipharma AB, 556554-6198
Mölnaldsvägen 26
412 63 Göteborg

Ombud: Jur. kand. Johan Kennemyr
Box 1766
111 87 Stockholm

MOTPART

1. Norrbottens läns landsting
971 89 Luleå

2. Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

3. Jämtlands läns landsting
Box 654
831 27 Östersund

4. Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

Ombud för 1-4: Sören Lanner
Ledningsstaben Upphandling
Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN

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

Landstinget Västernorrland genomför regional upphandling av Rekvisitions-läkemedel och läkemedelsnära produkter för Norra Regionen, vilken omfattar Landstinget Västernorrland, Jämtlands läns landsting, Norrbottens läns landsting och Västerbottens läns landsting. Landstinget Västernorrland har erhållit uppdraget att genomföra upphandlingen. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. Av tilldelningsbeslutet framgår att bolaget Ratiopharm AB:s (Ratiopharm) anbud antagits med avropsordning

Dok.Id 52272

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

ett och Mundipharma AB (Mundipharma) antagits med avropsordning två avseende ATC-kod N02AA05.

Mundipharma ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten i enlighet med 16 kap. 1 och 2 §§ i denna lag beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts med innebörden att landstingen ska anta Mundipharma som enda leverantör avseende ATC-kod N02AA05.

Mundipharma anför till stöd för sin ansökan bl.a. följande. Det anbud från Ratiopharm som landstingen antagit med avropsordning ett inom ATC-kod N02AA05 uppfyller inte i förfrågningsunderlaget uppställt skallkrav eftersom Ratiopharm inte har angett vid anbudstillfället gällande och godkänt AIP (Apotekets inköpspris) per varunummer. Eftersom landstingen har antagit ett anbud som inte uppfyller skallkraven strider upphandlingen mot de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Överskridandet av dessa principer består närmare i att Ratiopharm givits möjlighet att självständigt välja ett AIP att presentera för landstingen som övriga konkurrenter inte haft möjlighet att kontrollera medan Ratiopharm å sin sida haft den stora konkurrensfördelen att kunna avsöka och bilda sig en uppfattning om konkurrenternas prisnivåer, då erhållande av godkänt AIP, som utgör offentlig uppgift, förutsätter myndighetsbeslut. Mot denna bakgrund ska Ratiopharms anbud förkastas då det i förfrågningsunderlaget uttryckligen anges att obligatoriska krav som benämns ”skall” ska vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas. Av förfrågningsunderlaget framgår att ”pris skall anges som avtalat pris och vid anbudstillfället gällande AIP per varunummer”. Att ett godkänt AIP föreligger vid anbudstillfället är således ett skallkrav. Trots att Ratiopharm presenterat ett AIP som inte var godkänt har landstingen prövat Ratiopharms anbud i strid mot det uppställda skallkravet. Avsaknaden av omständigheter som ger anledning att ifrågasätta riktigheten av en anbudsgivares inlämnade uppgifter befriar inte landsting-

en att i det aktuella fallet kontrollera riktigheten av inlämnade AIP uppgifter. Landstingens brott mot 1 kap. 9 § LOU innebär att Mundhipharma riskerar att lida en sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU.

Landstingen bestrider Mundipharmas talan och anför bl.a. följande. Vad gäller anbudsgivarens priser föreligger varken någon anledning eller möjlighet att söka korrigera dessa angivna priser varför det pris anbudsgivaren anger i sitt anbud är bindande. På angivna grunder finns det vare sig skäl att ifrågasätta rimligheten eller korrektheten av lämnade priser i annan utsträckning än vad som krävs vid misstanke om onormalt lågt anbud i enlighet med 12 kap. 3 § LOU. Några sådana omständigheter har otvivelaktigt inte förelegat avseende det av Ratiopharm avlämnade anbudet. Det kan inte heller förhålla sig på det sättet att den upphandlande myndigheten bär ansvaret att kontrollera att anbudsgivares lämnade uppgifter är korrekta. Enligt praxis föreligger inte någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är korrekta, förutsatt att omständigheterna inte ger anledning att ifrågasätta anbudsgivarens uppgifter. Mundipharma synes vilja ålägga den upphandlande myndigheten ett nästan orimligt kontrollansvar. Vad gäller Mundipharmas påstående om att Ratiopharm åtnjutit en stor konkurrensfördel kan det framhållas att det knappast kan läggas landstingen till last att flertalet anbudsgivares priser utgjort offentliga uppgifter vid tidpunkten för anbudstillfället. Om det har förelegat en konkurrensfördel torde denna härledas till marknadens förutsättningar. Landstingen kan således inte dela Mundipharmas uppfattning om att det har varit fråga om ett överskridande av likabehandlingsprincipen eller transparensprincipen.

Länsrätten har den 16 mars 2009 beslutat att den del av upphandlingen som avser ATC-koden N02AA05 tillsvidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Denna lagbestämmelse ger uttryck för principer, däribland likabehandlingsprincipen och transparensprincipen, som dels följer av bestämmelserna i EG-fördraget, dels utvecklats i EG-domstolens rättspraxis.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska, 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, rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten gör följande bedömning

Frågan i målet är om landstingen genomfört upphandlingen i strid med LOU med den efterföljande rättsverkan att upphandlingen först får avslutas sedan rättelse gjorts med innebörden att landstingen måste anta Mundipharma som enda leverantör inom ATC-kod N02AA05.

I förfrågningsunderlaget gällande bl.a. ATC-kod N02AA05 har landstingen angett att obligatoriska krav benämnas skall. Förutsättningarna för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Vidare framgår att pris skall anges som avtalat pris och vid anbudstillfället gällande AIP per varunummer i SEK exkl. mervärdesskatt och inkludera samtliga åtaganden enligt detta förfrågningsunderlag. Detta får anses innebära att om inte vid anbudstillfället gällande AIP per varunummer anges är skallkravet inte uppfyllt och anbudet skulle därmed inte vara kvalifi-

cerat för utvärderingsfasen. I målet har inte framkommit annat än att det AIP som Ratiopharm lämnat i sitt anbud inte var godkänt vid anbudstillfället. Det är ostridigt i målet att erhållande av AIP kräver beslut från Läke- medelsförmånsverket.

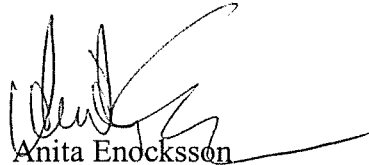
Länsrätten finner att likabehandlingsprincipen och transparensprincipen innebär att den upphandlande myndigheten klart ska ange förutsättningarna för upphandlingen i förfrågningsunderlaget. Om ett skallkrav uppställs ska skallkravet tillämpas lika i förhållande till varje anbudsgivare. Någon avvikel- se i förhållande till viss anbudsgivare innebär ett överskridande av de gemenskapsrättsliga principerna. Om en upphandlande myndighet uppstäl- ler ett skallkrav som innebär att anbudsgivaren måste ha ett beslut från t.ex. en myndighet för att anbudet ska prövas så ska det finnas en verklig möj- lighet att kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt. Detta ligger i linje med den praxis som utvecklats inom EG-rätten där EG-domstolen i ett förhandsavgörande (Mål C-448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich) uttalat att ett upphandlingskri- terium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt strider mot prin- ciperna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling. Kontroll kan lätt låta sig göras genom att t.ex. ställa krav på inlämnande av handlingar som styr- ker de inlämnade uppgifters sanningsenliga innehåll. I det förevarande fal- let har inte framkommit att sådana krav uppställts vad gäller inlämnande av AIP uppgifter av de olika anbudsgivarna. Med hänsyn därtill och mot bak- grund av att Ratiopharms anbud antagits trots avsaknaden av gällande AIP vid anbudstillfället finner länsrätten att landstingen avvikit från sitt upp- ställda skallkrav och därmed behandlat anbudsgivarna utifrån olika premis- ser, varför likabehandlingsprincipen överskridits. Mot denna bakgrund finner länsrätten att det är visat att upphandlingen genomförts i strid med de gemenskapsrättsliga principerna och således även i strid med LOU. Vid en korrekt genomförd upphandling skulle Mundipharmas anbud tilldelats

avropsordning ett. Länsrätten gör bedömningen att bristerna i upphandlingsförfarandet är av sådan art att de medför att bolaget kan komma att lida skada. Mot denna bakgrund ska överklagandet bifallas.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller överklagandet på så sätt att länsrätten förordnar att den del av upphandlingen som avser ATC-koden N02AA05 får avslutas först sedan rättelse gjorts med innebörden att Ratiopharm AB:s anbud ska förkastas.

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 var till 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 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 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.