

SÖKANDE

GlaxoSmithKline Aktiebolag, 556236-6343
Box 516
169 29 Solna

Ombud: Advokat Louise Widén och jur.kand. Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPARTER

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. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. Av tilldelningsbeslutet framgår avseende ATC-nummer J01DC02 att Farma Plus A/S har antagits som enda leverantör och GlaxoSmithKline AB antagits endast som leverantör av inf mono-

vial. Vidare framgår att Farma Plus A/S hade totalpoäng 93,17, Sandoz AB hade totalpoäng 92,93 och GlaxoSmithKline AB hade totalpoäng 91,25.

GlaxoSmithKline AB (GlaxoSmithKline) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten förordnar att upphandlingen avseende ATC-koden J01DC02 ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför GlaxoSmithKline i huvudsak följande. Landstingen har brutit mot den gemenskrättsliga principen om transparens, öppenhet och förutsebarhet och därmed mot 1 kap 9 § LOU. Som en följd av detta har GlaxoSmithKline lidit eller i vart fall riskerat att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt avseende ATC-koden J01DC02. I bilaga 1 (anbudsspecifikationen) till förfrågningsunderlaget anges de ATC-koder på vilka anbud önskas. På rad 295 anges den 7-ställiga ATC-koden J01DC02. I samma bilaga anges beräknad volym för efterfrågade ATC-koder baserat på 2007 års inköpsvolym. Landstingen anger inte vilken beredningsform, styrka, förpackningsstorlek eller typ av förpackning som de avser att köpa in. Det överlämnas åt anbudsgivarna, på sätt som anges i bilaga 4 till förfrågningsunderlaget, att själva komplettera förfrågningsunderlaget. De påtalade bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen ska göras om. Landstingen har under punkten 3.3 Utvärdering av anbud i förfrågningsunderlaget angett följande. "Läkemedel som är angivna på bilaga 1 (7-ställig ATC-kod) är de produkter som landstingen kommer att utvärdera enligt p.3.3." Det anges inte heller i detta sammanhang vilken beredningsform, styrka, förpackningsstorlek eller typ av förpackning som kommer att bli föremål för landstingens prisutvärdering.

GlaxoSmithKline offererade produkten Zinacef med ATC-koden J01DC02 i beredningsformen injektion (ampull) i tre olika styrkor; 250 mg, 750 mg och 1,5 g samt i beredningsformen infusion i styrka 1,5 g. I beredningsformen inf monovial offererades styrkorna 750 mg och 1,5 g. Av tilldelningsbeslutet framgår att GlaxoSmith Kline antagits som leverantör endast för beredningsformen inf monovial. I en tabell som återger resultatet av

utvärderingen anges bl.a. den prispoäng respektive anbudsgivare erhållit. Av tilldelningsbeslutet framgår dock inte vilken beredningsform eller styrka som den redovisade prispoängen avser. Sedan GlaxoSmithKline i e-post till landstingen frågat vilken beredningsform och/eller styrka som utvärderats blev svaret att priset utvärderats på pris/ampull med styrkan 1,5 g. Vidare framgick att landstingen avsåg att teckna avtal för samtliga styrkor (250 mg, 750 mg och 1,5 g per ampull) efter att endast ha utvärderat priset för styrkan 1,5 g per ampull. Landstingens icke-transparenta utvärdering har medfört att GlaxoSmithKline lidit skada eller i vart fall kunnat komma att lida skada i upphandlingsprocessen.

Landstingen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Det öppna förfarandet som tillämpats för den aktuella upphandlingen innebär att anbudstiden är förhållandevis lång och det torde därför ha varit fullt möjligt för anbudsgivare att ställa frågor till landstingen för att undvika missförstånd. Anbudsgivare anmodades i punkt 1.6 i förfrågningsunderlaget att kontakta ansvarig handläggare om det fanns otydligheter i förfrågningsunderlaget. Landstingen uppfattar GlaxoSmithKlines yrkande som en efterhandskonstruktion. Det faktum att landstingen bilagt beräknad volym för efterfrågade ATC-koder baserat på 2007 års inköpsvolym indikerar synnerligen väl att transparens förelegat, likväl som denna information rimligen borde ha föranlett en anbudsgivare som önskar finna mer information att vända sig till ansvarig handläggare med förfrågan om utförligare information. Någon förfrågan har inte kommit in från GlaxoSmithKline under anbudstiden. Detta sammantaget med övriga anbudsgivares förmåga att offerera ett mer fördelaktigt anbud beträffande ATC-kod J01DC02 indikerar att den största bristen inte kan åläggas landstingen. När det gäller frågan om utvärderingen varit oförutsägbar anför landstingen följande. I förfrågningsunderlaget p. 3.3 anges att utvärdering endast kommer att genomföras för produkter på 7-ställig ATC-kods nivå som redovisas på bilaga 1 anbudsspecifikation. Detta utifrån att de står för merparten av hu-

vudmännens kostnader. GlaxoSmithKline utgör i dagsläget en mycket stor leverantör för ATC-koden J01DC02 till landstingen och bör därför ha god kännedom om marknaden och förbrukningen av de olika styrkorna. Av de omkring 9,6 miljoner kronor som anges i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget avseende förbrukning i Norra regionen för 2007 för ATC-kod J01DC02 har GlaxoSmithKline levererat Cefuroxim för 7,4 miljoner kronor i styrkan 1,5 g. GlaxoSmithKline torde, genom att se till sina egna försäljningssiffror, ha ägt kännedom om vilken styrka som står för merparten av huvudmännens kostnader tillika den styrka landstingen avsett att utvärdera. Prisutvärderingen har baserats på styrkan 1,5 g. Priset är utvärderat på pris/ampull. GlaxoSmithKline har i sin ansökan uppgett att landstingen inte angett beredningsform, styrka, förpackningsstorlek och typ av förpackning som de avser att köpa in. Detta vitsordas som i och för sig riktigt, men det förnekas att detta ska anses utgöra en sådan allvarlig grad av bristande transparens att GlaxoSmithKline kunnat komma att lida skada. Alla leverantörer har erhållit identisk likvärdig information vilket sammantaget med avsaknaden av frågor tagits som inteckning för att förfrågningsunderlaget varit transparent nog. Övriga anbudsgivare har kunnat offerera särskilt förmånliga priser för den mest frekvent nyttjade styrkan i enlighet med avsiktsförklaringen som angetts i förfrågningsunderlaget.

Av yttrande från GlaxoSmith Kline framgår i huvudsak följande. Landstingen har vitsordat att beredningsform, styrka, förpackningsstorlek eller typ av förpackning inte angetts i förfrågningsunderlaget. Det framgår därmed inte av förfrågningsunderlaget vad landstingen avser att köpa in. Den beredningsform och styrka som de facto blev föremål för landstingens prisutvärdering har inte framgått av förfrågningsunderlaget och inte ens av tilldelningsbeslutet. Först efter att GlaxoSmithKline per e-post begärt uppgift om hur landstingen utvärderat priserna i upphandlingen framkom det vad som utvärderats av landstingen. Landstingen valde, utan att det framgick av förfrågningsunderlaget, att utvärdera priset på styrkan 1,5 g i am-

pullform och tilldelade vinnaren, baserat på det utvärderingsresultatet, kontrakt även avseende styrkorna 250 mg och 750 mg. Hade landstingen istället valt att utvärdera priset avseende styrkan 250 mg, 750 mg eller avseende beredningsformen monovial som också offererats inom den aktuella ATC-koden och sedan tilldelat kontrakt på samtliga beredningsformer och styrkor på resultatet av detta kan det inte uteslutas att kontrakt tilldelats GlaxoSmithKline. Det har inte förelegat någon skyldighet för GlaxoSmithKline att påtala brister i förfrågningsunderlaget för att överprövning ska kunna ske. Det åligger den upphandlande myndigheten att se till att LOU efterlevs.

Landstingen har i yttrande anfört i huvudsak följande. Landstingen har inte förbehållit sig någon fri prövningsrätt och GlaxoSmithKline har inte förmått visa att avsaknaden av uppgift om preciserad styrka eller beredningsform vid utvärderingen föranlett GlaxoSmithKline att utforma sitt anbud på ett mindre fördelaktigt vis. GlaxoSmithKline har inte haft större svårigheter än andra anbudsgivare att komma in med sitt bästa anbud utifrån förutsättningarna givna i förfrågningsunderlaget.

Länsrätten beslutade den 27 mars 2009 att upphandlingen tills vidare inte fick 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 måste göras om inom ATC-kod J01DC02.

Det är i målet ostridigt att det inte i förfrågningsunderlaget uttryckligen anges vilken beredningsform, styrka, förpackningsstorlek eller typ av förpackning som landstingen avser att köpa in för aktuell ATC-kod. Det är vidare ostridigt att det inte av förfrågningsunderlaget uttryckligen framgår att tilldelning av kontrakt för ATC-kod J01DC02 beträffande styrkan 250 mg, 750 mg respektive 1,5 g per ampull ska ske efter att endast priset för styrkan 1,5 g per ampull hade utvärderats.


Länsrätten konstaterar att den fråga som behandlas i detta mål endast utgör en del av en stor och komplicerad upphandling som omfattar flera hundra ATC-koder. Detta ändrar dock inte det faktum att upphandlande myndighet/myndigheter är skyldiga att följa LOU:s som är avsedda att vara konkurrensbefrämjande. Länsrätten finner att likabehandlingsprincipen och transparensprincipen innebär att den upphandlande myndigheten klart ska ange förutsättningarna för upphandlingen i förfrågningsunderlaget. Länsrätten gör bedömningen att bristerna i upphandlingsförfarandet beträffande ATC-kod J01DC02 är av sådan art att de medför att GlaxoSmithKline kan komma att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till det konkurrens-

uppsökande skedet är det inte möjligt att göra rättelse utan upphandlingen måste göras om.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller överklagandet på så sätt att länsrätten förordnar att den del av upphandlingen som avser ATC-koden J01DC02 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, anledningen 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.