

**LÄNSRÄTTEN I
ÖREBRO LÄN**

DOM
2009-03-18
Meddelad i
Örebro

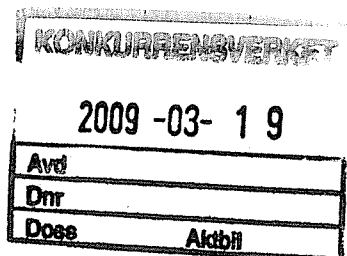
Mål nr
2989-08 E
3017-08 E
3018-08 E
Rotel 6

SÖKANDE

Octapharma Nordic AB, 556614-9794
112 75 Stockholm

Ombud:

Advokaten Fredrik Linder och jur.kand. Emma Berglund
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 STOCKHOLM



MOTPARTER

1. Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten (mål 2989-08 E)
Box 1613
701 16 Örebro

2. Landstinget i Värmland (mål 3017-08 E)
651 82 Karlstad

3. Landstinget Sörmland (mål 3018-08 E)
Upphandlingsenheten
611 88 Nyköping

Ombud för samtliga landsting:

Advokaten Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

BAKGRUND

Örebro läns landsting har i samarbete med Landstinget i Värmland och Landstinget Sörmland inlett upphandling av läkemedel och läkemedelsnära produkter som förskrivs på rekvisition, för tecknande av ramavtal med senare tilldelning av kontrakt (ÖLL 2008/1871). Upphandlingsenheten vid Örebro läns landsting har administrerat och genomfört upphandlingen, men varje landsting har fattat separata tilldelningsbeslut av samma innebörd. Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen har omfattat ett mycket stort antal produkter och landstingen har i likalydande tilldelningsbeslut den 4 december 2008 antagit 43 läke-

Dok.Id 59141

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 63 701 41 Örebro	Drottninggatan 2	019-16 77 50 E-post: lansratteniorebro@dom.se	019-10 37 40	måndag – fredag 08:30-12:00 13:00-15:00

medelsföretag, bl.a. Octapharma Nordic AB, för ingående av ramavtal. Enligt tilldelningsbesluten har landstingen inte antagit Octapharma Nordic AB som leverantör av vissa produkter inom ATC-koderna B01AB02, B02BD01, B05AA01 samt J06BA02.

Länsrätterna i Värmlands län och Södermanlands län har den 19 december 2008 överlämnat sina respektive mål till Länsrätten i Örebro län. På yrkande av Octapharma Nordic AB har i interimistiska beslut meddelats att upphandlingen såvitt avser produkter med ovan nämnda ATC-koder tills vidare inte får avslutas.

YRKANDE M M

Octapharma Nordic AB (härefter Octapharma) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar- såsom talan slutligen bestämts - i första hand att upphandlingen skall rättas på så sätt att landstingen skall anta Octapharma som leverantör av produkterna Atenativ med varunr. 389049 och 389056 inom ATC-koden B01AB02, Albuminativ med varunr. 559781 inom ATC-koden B05AA01 samt Octagam med varunr. 157995 inom ATC-koden J06BA02. I andra hand yrkar Octapharma att upphandlingen skall göras om såvitt avser ATC-koderna B01AB02, B02BD01, B05AA01 samt J06BA02.

Landstingen bestrider yrkandena och hemställer att länsrätten lämnar yrkandena om överprövning utan bifall.

DOMSKÄL

Till stöd för sin ansökan om överprövning anför Octapharma i huvudsak följande.

Octapharma har inkommit med anbud i upphandlingen avseende bl.a. läkemedlen Albuminativ med varunummer 559781 samt Octagam med varunummer 157995. Identiska produkter har inte offererats av någon annan anbudsgivare. Då landstinget inte på förhand uppgivit sitt behov av alternativa volymer, förpackningar och beredningsformer skall landstingen för att behandla alla anbudsgivare lika anta även Octapharmas anbud av dessa produkter. Det strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap 9§ LOU att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vilka produkter landstingen avser att upphandla. Då det inte heller framgår när annan fördelningsnyckel kommer att användas eller kan förutses vad fördelningsnyckeln kommer att leda till strider förfrågningsunderlaget även i denna del mot nämnda principer och 1 kap 9§ LOU. Landstinget har i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att bedöma landstingets behov av alternativa volymer, förpackningar, beredningsformer eller liknande inom varje 7-ställig ATC-kod. Mot bakgrund av denna formulering är det omöjligt för en anbudsgivare att veta vilka produkter landstingen avser att upp-

handla. Landstinget har genom denna skrivning i princip förbehållit sig en fri prövningsrätt, vilket också strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1:9 LOU, liksom det förhållandet att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur vissa bör-krav kommer att utvärderas. - Beträffande ATC-koden B01AB02 har anbud inkommit från tre leverantörer, Octapharma, Baxter Medical AB och Leo Pharma AB. Landstingen har beträffande denna ATC-kod ansett sig behöva teckna avtal med två leverantörer, Baxter och Leo, för att täcka sina behov. Enligt 5 kap 5§ LOU gäller att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer skall dessa vara minst tre om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap 1§ andra stycket LOU som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Octapharma uppfyller ovannämnda kriterier och har offererat produkter som är likvärdiga med dem som har offererats av Baxter och Leo. Att de är likvärdiga framgår av att de har utvärderats i samma ATC-kod. För att uppfylla kraven i 5 kap 5§ LOU, när landstingen valt att teckna ramavtal med mer än en leverantör, måste landstingen teckna avtal även med Octapharma av läkemedlen Atenativ med varunummer 389049 och 389056 under ATC-koden B01AB02.

Till stöd för sitt bestridande anför landstingen i huvudsak följande. Den aktuella upphandlingen avser ramavtal för senare tilldelning av kontrakt för läkemedel och läkemedelsnära produkter. Det är en mycket stor mängd produkter/substanser som efterfrågas. Härtill kommer att sortementet är rörligt. Produkter tillkommer och produkter försvinner, andra återuppstår. I bilaga 6 till förfrågningsunderlaget har på 5-ställig ATC-kodsnivå redovisats vilka läkemedel som har upphandlats inom landstingen under 2007. Det vore i direkt strid med LOU att inte tillåta anbudsgivare att lämna anbud på läkemedel likvärdiga med de namngivna medlen, som redovisats i bilaga 6. Enligt förfrågningsunderlaget skall anbuden lämnas på 7-ställig ATC-kodsnivå. ATC-kodssystemet är ett internationellt system som består av 14 huvudgrupper och uppdelningen är gjord efter hur läkemedlen verkar. 7-ställig innebär att den kemiska substansen preciseras. Enligt 2.9 i förfrågningsunderlaget kunde anbudsgivarna lämna anbud på flera alternativa produkter/substanser inom respektive 7-ställig ATC-kod, exempelvis olika volymer, förpackningar och liknande. Av punkten 2.9 framgår att landstingens målsättning var att teckna avtal med en leverantör för respektive produkt/substans men att landstingen kan komma att teckna avtal med flera leverantörer avseende samma 7-ställiga ATC-kod om dessa leverantörer erbjuder olika styrka, förpackningar, beredningsinnehåll eller volyminnehåll mm. Dessa alternativ varierar mellan leverantörerna, varför det inte varit möjligt för landstingen att förskriva annat än vissa minimi-krav. Detta har helt i enlighet med LOU även utgjort ett incitament för anbudsgivare att erbjuda nya godkända läkemedel. Någon osäkerhet om vilka substanser som landstingen avser att köpa har inte förelegat. Produktsortimentet är oerhört stort och i denna djungel av produktutbud har det i för-

frågningskedet inte varit möjligt att med större precision ange vad landstingen har behov av. Landstingens uppfattning är att en sådan beskrivning dessutom skulle anses diskriminerande, inte minst gentemot nya godkända produkter som landstingen inte hade så god kännedom om. Kravet på transparens är uppfyllt genom att landstingen med hänvisning till ATC-koder redovisat vilka kemiska substanser som efterfrågats, genom att under punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget redovisat sin avsikt att teckna avtal med en leverantör för respektive produkt men att flera leverantörer kan natas under samma 7-ställiga ATC-kod om dessa erbjuder olika styrka, förpackningar, beredningsformer och volyminnehåll samt genom att redovisa att om det inte finns behov av produkten kommer den inte att antas. Beträffande fördelningsnyckeln har dess innebörd klart angivits i förfrågningsunderlaget liksom att den skall tillämpas vid varje avrop av produkt/substans och inte vid endast vissa produkter. De ATC-koder som redovisats i bilaga 7 – 10 har i enlighet med förfrågningsunderlaget utvärderats enligt principen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av bilagorna framgår vilka önskemål/börkrav landstingen ställt samt poängsättningen beroende på hur väl respektive krav uppfyllts och landstingen har vid utvärderingen inte bortsett från något i bilaga 7 – 10 redovisat börkrav. - Beträffande Octapharmas invändning att tilldelningsbesluten i vissa avseenden inte uppfyller kraven enligt 5 kap 5§ LOU gör landstingen gällande i första hand att ramavtal har slutits med 43 leverantörer och därmed uppfyllt kravet enligt kap 5§ LOU, i andra hand att ramavtal slutits på produktnivå med en leverantör per produkt. Om länsrätten skulle finna att ramavtal har slutits med två leverantörer vitsordas att Octapharma skulle ha antagits som tredje leverantör avseende läkemedlen Atenativ under ATC-koden B01AB02.

Octapharma har genmält bl.a. följande.

Enligt punkten 1.1 i förfrågningsunderlaget kan leverantören offerera andra produkter än de som anges i bilaga 6 med undantag för några få produkter. Det finns ingen begränsning att de skall vara likvärdiga eller ingå i någon viss ATC-kod. – Enligt förfrågningsunderlaget och upphandlingsrapporten skall utvärderingen i normalfallet göras på 7-ställig ATC-kod. Därmed följer att en jämförelse mellan de inkomna anbuden sker för varje ATC-kod för sig. Eftersom ATC-kod B01AB02 utvärderas för sig skall bedömningen av om landstingen antagit rätt antal leverantörer göras inom denna ATC-kod. Landstingens andrahandsinvändning att ramavtal slutits på produktnivå med en leverantör per produkt är också felaktigt eftersom Baxters och Leos produkter utvärderats tillsammans med de av Octapharma offerrade produkterna i ATC-kod B01AB02 på grund av att produkterna är likvärdiga. Octapharma vidhåller att landstingen enligt 5 kap 5§ LOU måste teckna ramavtal även med Octapharma beträffande dess erbjudna läkemedel under ATC-koden B01AB02.

I förfrågningsunderlaget daterat den 30 april 2008 anges bl.a. följande:

1.1 Upphandlingsobjekt

Det beräknade värdet för aktuella produkter enligt bilaga 6, Sortimentsförteckning, i denna upphandling uppgår till c:a 4 milj. kronor per år, baserat på 2007 års inköpsvolym. Anbud kan även lämnas på andra läkemedel eller läkemedelsnära produkter utöver produkter i bilaga 6, som leverantören önskar offerera

Landstingen förbehåller sig rätten att avgöra vilka av dessa övriga produkter som kan ingå i avtalet.

1.2 Avtalstid och avtalsform

.....

Samtliga villkor i ramavtalet är fastställda och tilldelning av kontrakt kommer att ske utan förnyad konkurrensutsättning och med annan fördelningsnyckel.

Med annan fördelningsnyckel menas i denna upphandling att val av produkt/substans sker beroende på den medicinska professionens bedömning vid möte med patient. Dvs. den medicinska professionens bedömning avseende behandlingsmetod, vårdbehov och / eller patienters speciella behov. Exempelvis kan produktens/substansens volym, styrka, egenskaper, förpackning etc påverka val av produkt/substans.

2.9 Helt eller delat anbud

Anbud kan lämnas för hela eller delar av förfrågan. Med detta menas att leverantören kan lämna anbud på en, flera eller alla 7-ställiga ATC-koder. Leverantören kan dessutom lämna anbud på flera alternativa produkter/substanser inom resp. 7-ställiga ATC-koder, t.ex. olika volymer, förpackningar och liknande.

.....

Landstinget förbehåller sig rätten att bedöma landstingets behov avseende alternativa volymer, förpackningar, beredningsformer och liknande inom varje 7-ställig ATC-kod. Avtal kommer att tecknas med så många leverantörer att landstingets behov avseende läkemedel för den slutna vården kommer att täckas.

Landstingets målsättning är att teckna avtal med en leverantör för resp produkt/substans. Landstinget kan dock teckna avtal med flera leverantörer avseende samma 7-ställiga ATC-koder om dessa leverantörer erbjuder olika styrka, förpackningar, beredningsformer, volym innehåll etc , alternativt för de undantag som anges i 6.4.4 .

6.4.2 Val av anbud

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kvalificeringskrav och obligatoriska krav kommer det/de anbud att antas som har lägsta pris eller är det/de för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till i bilagor 7 – 10 angivna viktade utvärderingskriterier.

De positioner (ATC-koder) som kommer att utvärderas enligt ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden redovisas i bilagor 7 – 10. Övriga positioner (ATC-koder) kommer att utvärderas enligt lägsta pris.

Utvärdering kommer i normalfallet att göras på 7-ställig ATC-kod.

Landstingen har i vissa fall behov av endosförpackningar, förfyllda sprutor etc. Landstinget förbehåller sig därför rätten att anta flera leverantörer avseende samma produkt i de fall det finns skillnad mellan leverantörers och offererade produkter vad gäller styrka/förpackningar/beredningsformer.

6.4.3 Metod för utvärdering av ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden

Förutom pris bedöms farmaceutisk ändamålsenlighet.

Utvärderingen sker med s.k. jämförelsetal.

Länsrätten gör följande bedömning

Enligt 1 kap 9§ LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Med ramavtal förstås enligt 2 kap 15§ LOU ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en angiven tidsperiod.

Av 5 kap 5§ LOU framgår att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer skall dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Enligt 16 kap 1§ LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2§ ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap 2§ LOU skall länsrätten, 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, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det - på grund av vad sökanden åberopat i målet - finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 2§ LOU.

Den aktuella upphandlingen avser en mycket stor mängd läkemedel och läkemedelsnära produkter. Tilldelningen av kontrakt skall ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet och utan förnyad konkurrensutsättning. Kontraktstilldelningen sker med annan fördelningsnyckel, varmed menas att valet av produkt/substans avgörs av "den medicinska professionen vid möte med patient". Detta förfarande får enligt länsrättens mening godtas såsom medicinskt motiverat. Av förfrågningsunderlaget framgår att denna fördelningsnyckel skall tillämpas på samtliga upphandlade produkter. Eftersom landstingen således inte helt på egen hand kan formulera sitt behov av olika läkemedel och läkemedelsnära produkter, anser länsrätten - genom redovisningar i bilaga 6 till förfrågningsunderlaget och kravet på 7-ställig ATC-kodsnivå - att landstingen får anses tillräckligt tydligt ha angivit föremålen för upphandlingen. Enligt länsrättens mening är de önskemål/börkrav, som landstingen ställt beträffande de läkemedel som anges i

bilagorna 7 – 10 också tillräckligt tydligt angivna och annat har inte visats än att de följts vid utvärderingen.

Enligt punkten 6.4.2 i förfrågningsunderlaget kommer utvärderingen ” i normalfallet att göras på 7-ställig ATC-kod”. Utvärderingen synes emellertid med stöd av olika förbehåll och undantag i förfrågningsunderlaget mestadels ha skett på produktnivå. Fråga uppkommer då vad som utgör en eller flera produkter. Såvitt länsrätten kan finna är det i förfrågningsunderlaget något oklart vad som menas med ”samma produkt eller olika produkter” (jfr punkten 6.4.2 där det talas om samma produkt med skillnader vad gäller styrka, förpackningar eller beredningsformer medan dessa skillnader anses medföra att fråga är om olika produkter under punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget). Oavsett hur härmed förhåller sig finner länsrätten att bestämmelsen i 5 kap 5§ LOU i förevarande fall skall tillämpas på ATC-kodsnivå. Av utredningen framgår att betr. ATC-koden B01AB02 har tre leverantörer lämnat godtagbara anbud. Landstingens beslut att ingå ramavtal med två leverantörer strider därför mot 5 kap 5§ LOU.

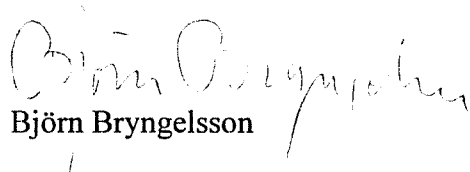
Med hänsyn till det ovan anförda skall Octapharmas ansökan om överprövning bifallas på så sätt att tilldelningsbesluten skall rättas så att Octapharmas anbud såvitt avser ATC-kod B01AB02 antas för tecknande av ramavtal. Skäl att bifalla Octapharmas yrkanden i övrigt har inte visats föreligga.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Octapharma Nordic AB:s ansökan på det sätt att landstingens tilldelningsbeslut skall rättas beträffande ATC-koden B01AB02 i enlighet med det ovan anförda.

Länsrätternas interimistiska beslut gäller inte längre.

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


Björn Bryngelsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.

