



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-12-08
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6012-11
Enhet 2

SÖKANDE

CSL Behring Aktiebolag, 556530-1974
Box 712
182 17 Danderyd

MOTPART

Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

KONKURRENSVERKET	
2011-12-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Östergötlands läns landsting (landstinget) påbörjade en upphandling av läkemedel till landstinget, dnr UC-2010-170, avseende läkemedel, läkemedelsnära- och medicintekniska produkter m.m. Sista dag för att lämna in anbud var den 15 december 2010. Enligt tilldelningsbeslut den 28 januari 2011 avsåg landstinget att teckna avtal med Octapharma Nordic AB (Octapharma) avseende ATC-kod J06BA02. CSL Behring Aktiebolag (CSL) ansökte om överprövning av upphandlingen vad avsåg ATC-kod J06BA02. Bolaget yrkade att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att landstinget förkastade anbuden från Octapharma och en annan leverantör, Talecris Biotherapeutics GmbH (Talecris) samt genomförde en ny tilldelning baserad på kvarvarande anbud. Grunden för att Octapharmas anbud skulle förkastas var att deras produkt inte uppfyllde skall-kraven då den inte var godkänd enligt läkemedelslagen och därmed inte godkänd för försäljning i Sverige.

Förvaltningsrätten biföll delvis CSL:s talan genom dom den 6 juli 2011 med förordnande om rättelse på så sätt att landstinget skulle bortse från Talecris anbud vid utvärderingen. Vad gällde prövningen av Octapharmas anbud, avskrevs målet eftersom landstinget under processen medgett att Octapharmas anbud skulle förkastas. Domen överklagades av Talecris och kammarätten beslutade den 2 augusti att inte meddela prövningstillstånd.

Den 16 september 2011 beslutade landstinget att upphandlingen vad avsåg ATC-kod J06AB02 skulle avbrytas. Till grund för beslutet anfördes bl.a. följande. Från den 15 december 2010 och framåt har leverantörsmarknaden förändrats på ett sådant sätt att det finns fler tänkbara leverantörer. Det kan varken anses rimligt eller vara i enlighet med grundprinciperna i 1 kap 9 § LOU att genomföra en ny utvärdering utifrån de gamla anbuden. Vidare arbetar landstinget med frågan om ett utökat samarbete avseende läkeme-

delsupphandlingar tillsammans med landstingen i Jönköpings och Kalmar län. Dessa förutsättningar var inte kända för landstinget vid tidpunkten för annonseringen av den i målet aktuella upphandlingen.

CSL ansöker om överprövning avseende tilldelningsgrupp Immunoglobuliner med ATC-kod J06BA02 och yrkar rättelse av upphandlingen på så sätt att landstingets beslut att avbryta upphandlingen vad avser ATC-kod J06BA02 ska upphävas.

Landstinget motsätter sig bolagets talan.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

CSL anför till stöd för sin ansökan i huvudsak följande. Landstingets beslut att avbryta upphandlingen avseende ATC-kod J06BA02 strider mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU, i synnerhet principerna om objektivitet, transparens, förutsägbarhet och likabehandling. Vidare föreligger inga sakliga skäl till att avbryta upphandlingen. Landstingets beslut är riktat mot CSL och ägnat att beröva bolaget rätten att tilldelas det i målet aktuella kontraktet. Genom att avbryta upphandlingen väljer även landstinget att bortse från den av förvaltningsrätten meddelade domen i tidigare överprövningsprocess. CSL har fråntagits möjligheten att utses till leverantör av aktuellt läkemedel under en tid av två år, med möjlighet till förlängning med sammanlagt ytterligare två år. Därigenom har CSL lidit eller kan komma att lida skada. – Vid den anbudsgivning som inleddes den 5 november 2010 inkom anbud från fyra leverantörer; CSL, Octapharma, Talecris och Baxter Medical AB (Baxter) för den i målet aktuella ATC-koden. Utvärdering av anbud skulle ske enligt principen om lägsta pris.

Eftersom anbudet från Octapharma och Talecris förkastats och CSL är den leverantör som har erbjudit lägst pris i sitt anbud, borde CSL tilldelas kon-

traktet. Landstingets påstående att leverantörsmarknaden har förändrats så att det numera finns fler tänkbara leverantörer stämmer inte. De fyra leverantörer som lämnade in anbud avseende i målet aktuell ATC-kod är fortfarande de på marknaden aktuella bolagen som kan erbjuda produkten ifråga. Landstinget har heller inte åberopat någon annan nuvarande aktuell leverantör på marknaden. Vidare hänvisar landstinget till ett utökat samarbete med andra landsting avseende upphandlingar gällande läkemedel. Ett sådant eventuellt samarbete kan inte åberopas som skäl för att avbryta en pågående upphandling. CSL ifrågasätter även landstingets anförande om att frågan om ett samarbete mellan landstingen skulle ha uppstått först nu, och just i förhållande till den aktuella ATC-koden, medans övriga ATC-koder upphandlas enligt det från början gällande förfrågningsunderlaget. Att andra landsting skulle vara i färd med att upphandla just ATC-kod J06BAO2 framstår som osannolikt. – Landstinget har bevisbördan för att det skulle föreligga sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Beslutet kan inte uppfattas på annat sätt än att landstinget vill ge Octapharma och Talecris, vars anbud tidigare förkastats, en ny chans att lämna in anbud och tilldelas kontrakt avseende ATC-kod J06BAO2. Landstinget vill på detta sätt favorisera andra leverantörer och CSL har därmed inte behandlats på ett likvärdigt och objektivt sätt. – Även om det mot förmodan skulle ha tillkommit någon ny leverantör på marknaden avseende den i målet aktuella ATC-koden, kan detta inte anses utgöra sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Landstinget ska utvärdera de anbud som har lämnats in inom anbudsfristen samt tilldela kontrakt till den anbudsgivare som har offererat lägst pris – i detta fall CSL. Vidare har många landsting redan genomfört upphandlingar avseende aktuell ATC-kod och är därmed bundna av avtal. Upphandlingen UC-2010-170 avsåg ett betydande antal olika ATC-koder. Att landstinget väljer att särbehandla just den i målet specifika ATC-koden efter att ha förlorat en överprövningsprocess i förvaltningsrätten, kan inte anses förenligt med de upphandlingsrättsliga reglerna. Det är vidare an-

märkningsvärt att landstinget, först efter att överprövningsprocessen i domstol är avslutad, meddelar att upphandlingen avbryts.

Landstinget har i genmäle anfört i huvudsak följande. Det är varken genom LOU eller EG-direktiv klarlagt på vilka grunder en upphandling kan avbrytas. Det framgår dock av praxis att ett beslut om att avbryta en upphandling inte förutsätter att det är fråga om undantagsfall eller ens tungt vägande skäl (jfr RÅ 2005 ref. 62). En upphandlande myndighet har heller ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (RÅ 2009 ref. 43). Av allmänna upphandlingsrättsliga principer följer dock att beslut inom ramen för en upphandling förutsätts vara sakligt grundade. Landstingets beslut är baserat på sakliga skäl. Förvaltningsrättens dom meddelad den 6 juli 2011 innebar att landstinget i sin fortsatta handläggning av upphandlingen skulle bortse från anbud från Talecris samt Octapharma. CSL har inte fråntagits möjligheten att utses till leverantör till landstinget, utan kan snarast genom en förnyad upphandling, lämna in anbud på nytt. Det finns dock i nuläget ytterligare en leverantör som kan erbjuda en produkt för den i målet aktuella ATC-koden – Octapharma. Deras produkt var vid det ursprungliga anbudslämnandet indragen av läkemedelsverket men är sedan april åter godkänd för försäljning. Med hälften av anbuderna diskvalificerade (vilka var de vid det ursprungliga anbudslämnandet prismässigt överlägsna), och endast två anbud kvar att utvärdera, skulle en tilldelning ha inneburit att man inte hade utnyttjat konkurrensen på marknaden. Vidare avser landstinget framöver genomföra upphandlingar, varav i målet aktuell ATC-kod ingår, tillsammans med landstingen i Kalmar och Jönköpings län. Avsikten är ytterst konkret och frågan har tagits upp vid möte inom Sydöstra Sjukvårdsregionens Strategiska Läkemedelsgrupp (SSSL) den 24 augusti 2011. Av minnesanteckningar från detta möte framgår att de övriga två landstingens avtal avseende immunglobiner upphör den 31 december 2011 och att läkemedelsgruppen ger landstinget i Kalmar i uppdrag att ta fram en kravspecifikation för gemensam upphandling. Frågan om ett utökat lä-

kemedelssamarbete mellan landstingen är en helt fristående process som inte har något samband med överprövningen av aktuell upphandling. Landstinget har också i sitt förfrågningsunderlag under punkt 2.4.3. förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen vid förändrade förutsättningar. För att bemöta påståendet från CSL att landstinget inte vill ha bolaget som leverantör, hänvisar landstinget till att CSL faktiskt har antagits som leverantör för de övriga ATC-koder som bolaget lämnade anbud på. – En upphandling garanterar inte en viss anbudsgivare ett kontrakt. En huvudprincip är att anskaffningen av en produkt ska ske på affärsmässiga grunder, d.v.s. genom bästa möjliga utnyttjande av statliga medel.

CSL anför i genmäle att ett beslut om att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (RÅ 2009 ref. 43). Det finns inga hinder mot att tilldela CSL kontraktet avseende aktuell ATC-kod. Om det under upphandlingsprocessens gång skulle ha visat sig att landstinget faktiskt inte hade något behov att upphandla aktuell ATC-kod, kunde landstinget ha avbrutit upphandlingen. Den omständigheten är dock inte aktuell i detta fall. Landstinget har fortfarande ett faktiskt behov av att upphandla läkemedel som omfattas av den i målet aktuella ATC-koden och det är ostridigt att landstinget också har för avsikt att upphandla dessa läkemedel. Mot denna bakgrund framstår landstingets beslut att avbryta en avsevärt långvarig upphandlingsprocess avseende aktuell ATC-kod, för att i ett senare skede påbörja en ny upphandling, som oförenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga reglerna. Både syftet och konsekvensen av landstingets beslut att avbryta upphandlingen är att CSL inte tilldelas kontrakt – detta trots att CSL har erbjudit det lägsta priset. Landstinget har vidare inte rättat sig efter förvaltningsrättens dom meddelad den 6 juli 2011 eftersom landstinget inte vidtagit någon rättelse i enlighet med domen. Att det som landstinget anför, skulle vara fråga om en förändrad leverantörsmarknad, stämmer inte. Det måste anses framgå av landstingets yttranden till förvaltningsrätten under målets gång att skälet

till att avbryta upphandlingen har varit att gynna Octapharma. Vid anbuds-förfarandet uppfyllde inte Octapharma ett obligatoriskt krav på det offere-rade läkemedlet. Detta är en brist som inte kan repareras och Octapharma kan därmed inte tilldelas det i målet aktuella kontraktet. Att landstinget vill gynna Octapharma är varken sakligt eller objektivt grundat, och strider mot principen om likabehandling enligt LOU. Ingen leverantör ska kunna bere-das fördelar på så sätt att leverantören får en andra chans att lämna ett nytt anbud för det fall att det första anbudet inte uppfyllde de obligatoriska kra-ven. Vidare motsätter sig CSL att landstinget inte har kunnat utnyttja kon-kurrensen på marknaden. Både CSL och Baxter lämnade konkurrenskrafti-ga anbud med låga priser. Av de minnesanteckningar som landstinget in-gett till förvaltningsrätten gällande ett utökat samarbete mellan landstingen framgår att de övriga landstingen har kontrakt med leverantörer som inte löper ut förrän tidigast vid årsskiftet. Något gemensamt förfrågningsunder-lag var heller inte framtaget. Mot denna bakgrund framstår det som att ett kontrakt efter en ny gemensam upphandling tidigast kommer att börja gälla efter halvårsskiftet 2012. Mötet mellan landstinget och de övriga två lands-tingen skedde ett par veckor efter att kammarrätten meddelade sin dom den 2 augusti 2011. Vid det aktuella mötet diskuterades endast upphandling av den i detta mål aktuella ATC-koden. Sammantaget framstår mötet mellan de tre landstingen angående en ny upphandling och utgången av målet i förvaltningsrätten den 6 juli ha ett nära samband, både tids- och innehålls-mässigt. Påståendet i åberopade minnesanteckningar från mötet mellan landstingen den 24 augusti om att samtliga immunglobiner har varit för-enade med leveransproblem är felaktigt. – Landstingets tolkning av inne-börden av punkt 2.4.3. i förfrågningsunderlaget är också felaktig. Av punk-ten framgår ingen generell rätt att avbryta en upphandling utan endast om vissa specifika situationer uppstår. Landstinget har i målet inte åberopat någon sådan specifik situation. Punkt 2.4.3. i förfrågningsunderlaget anger att upphandlingen får avbrytas om inget anbud motsvarar uppställda krav. I

förevarande fall uppfyller både CSL och Baxter aktuella krav, vilket får till följd att aktuell upphandling inte får avbrytas.

Landstinget har, vid slutförande av sin talan, anfört i huvudsak följande. En upphandlingsprocess reglerar ett anskaffningsförfarande som syftar till att, med bästa möjliga nyttjande av statliga medel, säkerställa det offentliga anskaffningsbehov. Dessa behov och bästa sättet att tillgodose behoven kan skifta över tid, innebärande att ursprungliga förutsättningar förändras, vilket kräver en omvärdering av de ställningstaganden som gjorts tidigare under processen. Landstingets anförda grunder för att avbryta upphandlingen utgör sakligt godtagbara skäl och har inget samband med CSL och dess anbud i sig. Skulle förvaltningsrätten finna att landstingets beslut inte grundas på sakliga skäl, kommer landstinget omedelbart att agera i enlighet med förvaltningsrättens tidigare meddelade dom.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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.

Av 16 kap 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av praxis framgår att riktigheten av ett beslut att avbryta en upphandling som fattats av den upphandlande myndigheten kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol och i förekommande fall ogiltigförklaras (jfr rättsfallet RÅ 2005 ref. 62).

Av EG-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Vidare framgår att en förutsättning för ett beslut att avbryta en upphandling är att den upphandlande myndigheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskrimine-

ring på grund av nationalitet i synnerhet (C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553 punkt 40 och 47).

Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (RÅ 2009 ref. 43).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Frågan i målet är om landstinget haft sakliga skäl för att avbryta ifrågavarande upphandling och om beslutet att avbryta upphandlingen är förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten.

Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det förelegat sakliga skäl att avbryta en pågående upphandling.

Landstinget har motiverat sitt beslut den 16 september 2011 att avbryta aktuell upphandling med i huvudsak följande. Sedan sista dag för anbuds inlämnande den 15 december 2010 till den 16 september 2011 har leverantörsmarknaden inom aktuell tilldelningsgrupp förändrats såtillvida att det finns fler tänkbara leverantörer. Att då genomföra en ny utvärdering utifrån de gamla anbuden kan inte anses rimligt eller vara förenligt med grundprinciperna som stadgas i 1 kap. 9 § LOU. Landstinget arbetar med den pågående frågan om regionbildning där förslag finns om ett utökat samarbete kring läkemedelsupphandlingar mellan Landstinget i Östergötland, Landstinget i Jönköpings län och Landstinget i Kalmar län. Dessa båda förändringar av förutsättningarna, som inte var kända för landstinget vid tidpunkten för annonsering av upphandlingen, föranleder sammantaget att upphandlingen avseende tilldelningsgrupp Immunoglobuliner J06AB02 bör avbrytas.

Under överprövningsprocessens gång har det framkommit att landstinget med en förändrad leverantörsmarknad menar att Octapharma nu har en

godkänd produkt som uppfyller de i upphandlingen ställda kraven. Under överprövningsprocessen har landstinget utvecklat vad som i avbrytandebeslutet avsågs med utökat samarbete kring läkemedelsupphandlingar mellan ovan nämnda landsting. Landstinget har därvid åberopat minnesanteckningar från den 24 augusti 2011, av vilka framgår att landstingen i Östergötlands län, Kalmar län och Jönköpings län avser att samarbeta kring en kommande upphandling av immunoglobuliner och att Landstinget i Kalmar ska leda denna upphandling och ta fram en kravspecifikation som ska gå på remiss till de båda andra landstingen.

CSL menar att landstinget genom sitt beslut att avbryta upphandlingen för att göra om den vill ge Octapharma och Talecris, vars anbud tidigare förkastats, en ny chans att lämna in anbud och tilldelas kontrakt. Därmed anser CSL att landstinget inte behandlar leverantörer på ett likvärdigt och objektivet sätt, utan att landstingets handlande strider mot likabehandlingsprincipen. CSL ifrågasätter om den verkliga anledningen till att avbryta upphandlingen kan vara att man avser att samarbeta med andra landsting kring upphandling av just immunoglobuliner eller om detta endast är en efterhandskonstruktion. Ett sådant eventuellt samarbete kan i vart fall inte, enligt CSL, åberopas som skäl för att avbryta en pågående upphandling.

Förvaltningsrätten tar först ställning till om det kan anses vara förenligt med de gemenskapsrättsliga principerna och sakligt grundat, att avbryta upphandlingen av den anledningen att Octapharma numera har en godkänd produkt som motiverar en ny upphandling eftersom detta tillskott av en potentiell leverantör leder till ökad konkurrens. Förvaltningsrätten anser att detta förfarande på ett otillbörligt sätt gynnar en leverantör som inte vid tidpunkten för anbuds ingivande i den avbrutna upphandlingen uppfyllde de i förfrågningsunderlaget ställda ska-kraven. Av förfrågningsunderlaget ska framgå vilka ska-krav som uppställts och när dessa senast ska vara uppfyllda för att en anbudsgivare ska kunna kvalificeras. Därigenom får

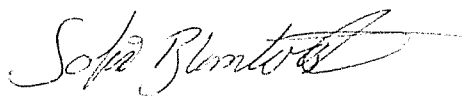
leverantörer kännedom om vad som krävs av dem för att de ska kunna få möjlighet att tilldelas kontraktet. Med den kännedomen kan de sedan ta ställning till om det är meningsfullt att delta i upphandlingen och om det är några särskilda åtgärder som bör vidtas för att kunna komma ifråga som leverantör till den upphandlande myndigheten. Att avbryta en upphandling för att påbörja en ny av den anledningen att en ny aktör då skulle kunna delta, måste anse strida mot såväl principen om likabehandling som principen om förutsägbarhet och öppenhet. Landstinget har således inte haft rätt att avbryta upphandlingen av den anledningen att leverantörsmarknaden förändrats.

Fråga är då om det åberopade samarbetet med landstingen i Kalmar och Jönköpings län kan anses vara ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta aktuell upphandling och förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten.

Utgångspunkten måste vara att en upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas, även om möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad på sätt som redogjorts för ovan. I förevarande fall har drygt åtta månader förflutit mellan sista dagen för anbudsingivande och mötet mellan landstingen i Östergötlands län, Kalmar län och Jönköpings län. Anbudsinbjudan skickades ut den 5 november 2010. Beslut om upphandling har tagits och färdigställande av förfrågningsunderlag har pågått ännu en tid dessförinnan. Sedan dess har, enligt minnesanteckningar den 24 augusti 2011 från mötet mellan landstingen i Östergötlands län, Kalmar län och Jönköpings län (Sydöstra Sjukvårdsregionens Strategiska Läkemedelsgrupp SSSL), dessa landsting planerat att inom kort påbörja en gemensam upphandling. Landstingen i Kalmar län och Jönköpings län har, av vad som framgår av minnesanteckningarna, avtal avseende immunoglobuliner som löper ut den 31 december 2011 med möjlighet

till sex månaders förlängning. En gemensam upphandling kan antas ge fördelar jämfört med den upphandling som landstinget påbörjat. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att landstingets beslut att avbryta upphandlingen har vilat på sakligt godtagbara skäl och att nu nämnda grund för avbrytande inte står i strid med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Charlotte Jonasson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.