



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2017-05-10
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 13739-16

SÖKANDE

Eli Lilly Sweden AB, 556135-1171
 Box 721
 169 27 Solna

MOTPART

Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Eli Lilly Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2017-05-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Region Skåne genomför upphandling av Läkemedel Onkologi 2017, dnr 1601811. Upphandlingen, som är uppdelad i flera delområden, genomförs med öppet förfarande enligt LOU.

Genom tilldelningsbeslutet antogs Actavis AB (hädanefter Actavis) som leverantör i delområde L01BA04 Pemetrexed.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING M.M.

Eli Lilly Sweden AB (hädanefter Eli Lilly) ansöker om överprövning av upphandlingen avseende delområde L01BA04 Pemetrexed och yrkar att rättelse inom detta delområde ska ske på så sätt att ny anbudsprövning genomförs varvid Actavis anbud ska förkastas. Till stöd för sin talan anför Eli Lilly bl.a. följande.

Actavis kommer med största sannolikhet inte ha möjlighet att tillhandahålla det nu offererade aktuella preparatet under avtalstiden och därmed leverera i enlighet med sina åtaganden. Det pågår en patenttvist mellan Actavis och Eli Lilly vid Patent- och marknadsdomstolen. Enligt Eli Lilly innebär Actavis försäljning av det aktuella preparatet intrång i Eli Lillys patent, som är giltigt i Sverige. Eli Lillys talan avseende patentintrång är välgrundad och liknande talan har tidigare bifallits till Eli Lillys fördel. Det finns därmed anledning att anta att domstolen kommer att komma fram till att Actavis produkt gör intrång i Eli Lillys ensamrätt. Enligt kontraktsvillkoren ska leverantörens leveranssäkerhet motsvara minst 97 % vad gäller överenskomna leveranstider. Det finns starka skäl att anta att en sådan leveransgrad inte kommer att uppfyllas av Actavis under avtalstiden.

Region Skåne har mot bakgrund av det ovan anförda saknat möjlighet att anta Actavis anbud. Eli Lillys anbud hade då istället antagits. Genom Region Skånes agerande har Eli Lilly orsakats skada.

Förvaltningsrätten bör invänta Patent- och marknadsdomstolens slutliga avgörande innan dom meddelas i detta mål.

Region Skåne anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Upphandlingen strider inte mot LOU eller mot de principer som bär upp lagen. Vad Eli Lilly anført visar inte att Actavis inte uppfyller alla ställda skall-krav. Endast det faktum att det föreligger en patenttvist innebär inte att det föreligger skäl att utesluta Actavis anbud. Om Actavis inte kan leverera upphandlingsföremålet under avtalstiden kan de påföljder och sanktioner som finns i avtalet bli aktuella. Det finns inte heller skäl att förhålla processen genom att avvakta Patent- och marknadsdomstolens avgörande. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger inte.

Eli Lilly genmäler bl.a. följande. Region Skåne har inte bestritt Eli Lillys åberopade omständigheter att det finns anledning att anta att Actavis på grund av den pågående patenttvisten med största sannolikhet inte kommer att ha möjlighet att tillhandahålla det aktuella preparatet under avtalstiden och därmed leverera i enlighet med sina åtaganden i ramavtalet. Att Region Skåne i allmänna ordalag har gjort gällande att det inte har framkommit annat än att Actavis uppfyller samtliga obligatoriska krav bemöter inte Eli Lillys konkreta påståenden. I en upphandling av läkemedel måste det betraktas som en grundläggande förutsättning att vinnande anbudsgivare inte är förhindrad av några skäl, inklusive immaterialrättsliga skäl, att leverera det eller de preparat som upphandlingen avser. När det framkommer att en leverantör, i detta fall på grund av en patenttvist, med största sannolikhet inte kommer att kunna leverera det aktuella preparatet under hela avtalstiden

åligger det den upphandlande myndigheten att, enligt likabehandlingsprincipen, förkasta leverantörens anbud eller avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

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. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten 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.

Förvaltningsrättens prövning i upphandlingsmål utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse LOU. Den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska på ett klart sätt ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopar (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten anser inte att det finns skäl att avvakta dom från Patent- och marknadsdomstolen och tar upp målet till avgörande.

Annat har inte framkommit än att Region Skåne utvärderat de inkomna anbuden i det aktuella delområdet i upphandlingen i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Det är Eli Lilly som, i egenskap av sökande, har att visa att omständigheterna är sådana att upphandlingen strider mot LOU eller mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Vad Eli Lilly anfört om den pågående civilrättsliga tvisten om patentet för läkemedlet och vad bolaget i övrigt har anfört visar enligt förvaltningsrättens mening inte att Actavis inte uppfyller de uppställda obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Det har vidare inte framkommit att Region Skåne i utvärderingen eller i någon annan del av upphandlingen har brutit mot några upphandlingsrättsliga principer eller på något annat sätt brutit mot LOU.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att det på de grunder som Eli Lilly anfört inte finns skäl för ingripande enligt LOU mot upphandlingen. Eli Lillys ansökan ska därmed avslås.

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



Louise af Klint

Susanne Axelsson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.