



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-04-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22533-10
Enhet 15

SÖKANDE

Octapharma Nordic AB, 556614-9794
112 75 Stockholm

Ombud: Advokaterna Emma Berglund och Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud: Paul Collins
SLL Juridik och Upphandling
Box 6401
113 82 Stockholm

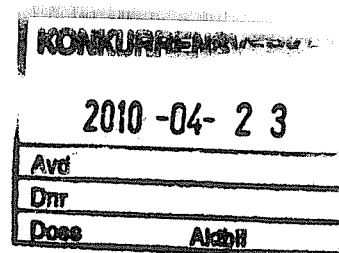
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 11 februari 2010 om att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.



Dok.Id 16289

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en öppen upphandling avseende successiva leveranser av läkemedel och läkemedelsnära produkter på rekvisition med diarienummer SLL 450 2010.

Genom tilldelningsbeslut daterat den 3 november 2009 beslutade SLL att anta ett anbud från Octapharma Nordic AB (bolaget) för den del som avser preparat med ATC-koden J06BA02.

Efter ansökningar om överprövning från Baxter Medical AB och CSL Behring AB (CSL) beslutade Länsrätten i Stockholms län (numera Förvaltningsrätten i Stockholm) den 15 januari 2010 genom domar i mål 23198-09 och 23228-09 att upphandlingen, i den del som avser preparat med ATC-koden J06BA02, fick avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering gjordes varvid bolagets anbud inte fick beaktas.

Genom tilldelningsbeslut den 1 februari 2010 beslutade SLL att anta ett anbud från CSL i den del som avser preparat med ATC-koden J06BA02.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen enligt LOU. Förvaltningsrätten har den 11 februari 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas beträffande ATC-koden J06BA02.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar, såvitt nu är ifråga, att upphandlingen avseende ATC-koden J06BA02 ska göras om.

Till stöd för yrkandet anför bolaget följande grunder.

- Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur många anbudsgivare SLL avser att teckna ramavtal med avseende respektive ATC-kod. Det strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.
- Enligt förfrågningsunderlaget kan anbudsgivare utvärderas avseende en annan anbudsgivares pris. Det strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.
- Enligt förfrågningsunderlaget kommer, ifall flera anbudsgivare antas på samma position, dessa att rangordnas i stigande prisordning. Mot bakgrund av att grunden för tilldelning av kontrakt avseende ATC-koden J06BA02 är det ekonomiskt mest fördelaktiga, strider det mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, 1 kap. 9 § LOU samt 5 kap. 6 § LOU att rangordna anbuden efter stigande prisordning.
- Bolaget kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU eftersom det på goda skäl kan antas att bolaget vid en korrekt genomförd upphandling haft möjlighet att antas som leverantör.

Bolaget utvecklar talan enligt följande.

Preklusion

SLL anger i yttrande att det finns en skyldighet för anbudsgivarna att under upphandlingen framföra synpunkter eller förfrågningar i de avseenden som nu görs gällande. Det finns enligt LOU, så som lagen kommit att tolkas i rättspraxis, inget krav på att anbudsgivare ska invända mot utformningen av ett förfrågningsunderlag innan anbudstiden gått ut. Att det inte finns några preklusionsregler i LOU framgår indirekt genom att regeringen gav Upphandlingsutredningen i uppdrag att utreda huruvida en sådan regel bör införas i LOU, se tilläggsdirektiv 2005:39 till Upphandlingsutredningen. Upphandlingsutredningen har i sitt slutbetänkande (SOU 2006:28 s. 292) funnit att nackdelarna överväger fördelarna med en preklusionsregel och har därför avstått från att föreslå att en sådan regel införas. Även i DS

2009:30 *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet* (s. 174 ff.) föreslås att någon preklusionsfrist inte bör införas. Mot bakgrund av ovanstående finns inga hinder för bolaget att i föreliggande mål åberopa brister i anbudsförfrågan.

Mot bakgrund av formuleringarna i anbudsförfrågan kunde det inte förutses hur resultatet av upphandlingen skulle bli.

Skaderekvisitet

SLL anger i yttrande att bolaget rimligen inte kan anses ha lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av anbudsförfrågans utformning, så länge de påstådda bristerna inte hänför sig till just det skall-krav som bolaget inte ansågs uppfylla.

Som framgår av bolagets ansökan strider SLL:s genomförande av upphandlingen i flera avseenden mot LOU.

Bolaget kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU eftersom bolaget vid en korrekt genomförd upphandling har haft möjlighet att antas som anbudsgivare. Oavsett om bolaget uppfyller skall-kraven eller inte så riskerar bolaget att lida skada på grund av de brister som finns i anbudsförfrågan. För det fall bristerna i anbudsförfrågan inte hade förelagat hade bolaget och övriga potentiella anbudsgivare kunnat inkomma med anbud på andra förutsättningar.

Det kan konstateras att det enligt rättspraxis inte krävs att bekräftade brister i upphandlingen faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att sökanden inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska komma ifråga. Domstolen är inte heller förhindrad att förordna om åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU för att åtgärden i sig inte skulle leda till att den sökande skulle komma att vinna upphandlingen. I

denna del hänvisar bolaget till Kammarrättens i Göteborg dom av den 26 april 2004 i mål nummer 622-04. Kammarrätten i Stockholm har i dom av den 25 november 2004 i mål nummer 5351-04 anslutit sig till Kammarrättens i Göteborg bedömning av begreppet skada i 7 kap. 2 § i tidigare LOU (som motsvaras av 16 kap. 2 § i nuvarande LOU). Kammarrätten i Stockholm förordnade i nämnda dom att den upphandlande myndigheten skulle vidta rättelse i viss del av anbudsutvärderingen trots att rättelse i sig inte skulle leda till att sökanden skulle komma att vinna upphandlingen.

Vidare hänvisas i denna del till Kammarrättens i Göteborg domar av den 9 februari 2006 i mål nummer 666-06 och den 5 juni 2007 i mål nummer 641-07. Kammarrättens i Jönköping dom av den 18 december 2001 i mål nummer 3351-2001 överklagades till Regeringsrätten, RÅ 2002 ref. 50, som dock inte uttalade sig angående skaderekvisitet. För det fall Regeringsrätten hade haft en annan uppfattning om skaderekvisitets tolkning än kammarrätten borde Regeringsrätten ha uttalat det. Kammarrätten i Stockholm har i dom av den 25 november 2004 i mål 5351-04 hänvisat till underinstansens bedömning angående skadebegreppet, se Länsrättens i Stockholm dom i mål nummer 12108-04 E. Kammarrätten i Stockholm har i dom av den 7 oktober 2008 i mål nummer 5042-08 förordnat att upphandlingen ska göras om och detta även fast den klagande anbudsgivaren inte ansågs uppfylla alla skall-krav. Felet som kammarrätten konstaterade hade begåtts i upphandlingen hade inget att göra med skall-kraven som de klagande anbudsgivaren inte ansågs uppfylla. Vidare hänvisas till *NOU info*, juni 2004, s. 10.

Mot bakgrund av det ovan anförda står det helt klart att bolaget kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LOU.

Det faktum att bolaget uteslutits ur upphandlingen genom Länsrätten i Stockholms län frantar inte bolaget rätten att ansöka om åtgärder enligt

LOU mot det nya förfarandet, jfr Kammarrättens i Göteborg beslut av den 21 september 2009 i mål nr 5262-09 samt Kammarrättens i Jönköping beslut av den 16 november 2009 i mål nummer 3072. Det står således klart att bolaget har rätt att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslut nummer två.

Förfrågningsunderlaget

EG-domstolen har i mål C-19/00, *SIAC*, angivit att alla anbudsgivare ska kunna tolka kriterier på samma sätt. EG-domstolen anför bl.a. att detta förutsätter att kriterier som anges har formulerats på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt, samt att den upphandlande myndigheten håller sig till denna tolkning under hela förfarandet och att myndigheten tillämpar kriterierna objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare.

Mot bakgrund av att varje avtal per ATC-kod räknas som ett ramavtal (jfr Kammarrättens i Jönköping dom av den 11 december 2009 i mål nummer 1102-1104-09) står det således den upphandlande myndigheten fritt att anta en, eller om flera, minst tre anbudsgivare per ATC-kod.

Det är av avgörande vikt för en anbudsgivare att vid avgivande av anbud veta om den upphandlande myndigheten avser att anta en eller flera anbudsgivare. Detta är främst av vikt vid prissättningen av anbudet. Om en anbudsgivare vet på förhand att det endast är en anbudsgivare som kommer att antas kan det innebära att ett annat pris offereras än om flera anbudsgivare kommer att antas.

Enligt punkt 1.19 i anbudsförfrågan kan avtal tecknas med en eller flera anbudsgivare på de olika positionerna. Det framgår dock inte om en eller flera anbudsgivare kommer att antas avseende ATC-koden J06AB02. Anbudsförfrågan är inte bara otydligt i denna del, utan saknar helt information

angående SLL:s överväganden. Det strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU och har medfört att anbudsgivarna inte har kunnat förutse konsekvenserna av ett lämnat anbud.

SLL anger i sitt yttrande att de till viss del instämmer i att det inte tydligt framgår av anbudsförfrågan om SLL avsett att ingå avtal med en eller flera anbudsgivare.

SLL har uppenbarligen använt skrivningen av ett enda skäl – möjligheten att fritt kunna välja om en eller flera anbudsgivare ska antas efter det att SLL erhållit anbudet. Anbudsgivarna måste inför avgivande av anbud er-hålla information om den upphandlande myndigheten avser att anta en eller flera anbudsgivare. För det fall att SLL hade önskat ha denna möjlighet skulle de i anbudsförfrågan ha specificerat avseende vilka positioner det av olika skäl kunde bli aktuellt att anta flera anbudsgivare. SLL:s agerande i denna del innebär i praktiken att SLL förbehållit sig en fri prövningsrätt avseende hur många anbudsgivare som ska antas för respektive ATC-kod.

Utvärderingsmodellen

Prisutvärderingsmodellen innehåller flera allvarliga brister. För det första framgår inte förbrukningsmönstret för 2008 av förfrågningsunderlaget, med följd att anbudsgivarna inte vet vilka förpackningstyper som kommer att ligga till grund för utvärderingen. För det andra kan en annan anbudsgivares förpackningstyps pris adderas till det egna anbudets pris vid en utvärdering. För det tredje framgår inte vilken annan anbudsgivares pris som kan komma att adderas till det egna anbudets pris. För det fjärde framgår inte om det är produktens AIP-pris för 2008 eller 2009 som kommer att användas.

Vilket förbrukningsmönster som har legat till grund för utvärderingen framgår varken av anbudsförfrågan, utvärderingsprotokollet eller dylikt.

Det är således omöjligt för en anbudsgivare att veta om och i så fall vilken anbudsgivares pris som kommer att eller har adderats till det egna anbudspriset.

Mot bakgrund av att de tre anbudsgivarna avseende ATC-koden J06BA02 inte har offererat identiska förpackningstyper (se bolagets, CSL:s och Baxter's prisbilagor) är det inte omöjligt att en annan anbudsgivares anbudspris har använts vid utvärderingen av det egna anbudet. Det finns ingen utvärdering från SLL som visar hur prisutvärderingen av olika förpackningstyper har skett. Detta bekräftar att prisutvärderingsmodellen är mycket otidlig. Utvärderingsmodellen strider i denna del mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

SLL anger i sitt yttrande att det skulle vara mycket utrymmeskrävande att i anbudsförfrågan ange förbrukningsmönster för de produkter som upphandlas. För en anbudsgivare är det av avgörande vikt att veta hur utvärderingen kommer att gå till. För det fall SLL hade ansett att det av utrymmesskäl inte var möjligt att ange förbrukningsmönster i anbudsförfrågan hade det ankommit på SLL att i vart fall redovisa hur anbudsgivarna skulle kunna erhålla denna information. Vad gäller tillägget i utvärderingsmodellen att andra anbudsgivares pris kan komma att användas vid utvärdering av det egna anbudet anger SLL att det skulle vara en vedertagen modell som finns tydligt beskriven i anbudsförfrågan.

Bolaget bestrider inledningsvis att det skulle vara en vedertagen modell att i upphandlingssammanhang använda en annan okänd anbudsgivares pris vid utvärderingen av andra anbudsgivares anbud. Även om modellen skulle vara vedertagen kan det inte rättfärdiga användande av modellen när den strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU, vilket den gör i detta fall. Därutöver ska noteras att modellen inte är tydlig.

Det framgår inte vilka AIP-priser som kommer att användas. I SLL:s yttrande anges att ”SLL använde de aktuella och lägsta AIP-pristerna vid beräkningen av anbudskostnaden”, men det framgår inte av anbudsförfrågan.

SLL hänvisar i yttrande till RÅ 2002 ref. 50 till stöd för att anbudsförfrågningar och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. I detta mål uttalade sig Regeringsrätten huvudsakligen om specificeringen av poängsättningen i anbudsförfrågan samt utvärderingsmodellen, vilket inte är att jämföra med SLL:s felaktiga handlande i upphandlingen. Bolaget önskar även i denna del poängtera att nämnda dom saknar betydelse för bedömningen av de felaktigheter som förevarit i förevarande upphandling mot bakgrund av att det är tydligt att såväl LOU som de gemenskapsrättsliga principerna har trätts för när i upphandlingen.

Rangordning av anbudsgivare

Det framgår av bilaga 1.1 till anbudsförfrågan att utvärderingen av ATC-koden J06BA02 kommer att ske efter grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga. Enligt punkt 1.19 i anbudsförfrågan kommer, ifall flera anbudsgivare antas på samma position, dessa att rangordnas i stigande prisordning.

Som angivits framgår det inte av anbudsförfrågan om en eller flera anbudsgivare kommer att antas avseende de olika ATC-koderna. Genom att i enlighet med vad som anges i punkt 1.19 i anbudsförfrågan rangordna anbudsgivarna efter pris innebär det att SLL avser att frångå det valda tilldelningskriteriet, det ekonomiskt mest fördelaktiga, i strid med vad som anges i 5 kap. 6 § LOU. I *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Jan-Erik Falk, 2009, s. 197, anges följande vad gäller kriterier vid avrop: ”Att tillämpa andra eller nya kriterier vid avrop, som i sig borde tillhöra anbudsvärderingen, då en förnyad konkurrensutsättning inte skall göras,

d.v.s. då samtliga villkor för avrop är fastlagda, bryter mot principen om transparens och är direkt felaktigt”. Mot bakgrund av ovanstående framgår det tydligt att SLL:s förfarande i denna del strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

SLL anger i yttrande att skrivningen om att anbuden kommer att rangordnas i stigande prisordning är oklar. Bolaget anser inte att det är något oklart i denna skrivning. I anbudsförfrågan anges att rangordningen kommer att ske efter ”stigande prisordning”, vilket inte kan tolkas som ”stigande jämförelsetal”. SLL:s skrivning är således inte oklar, utan har gjort att anbudsgivarna fått uppfattningen att rangordningen kommer att ske efter pris. Det strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

SLL bestrider, såvitt nu är ifråga, att upphandlingen avseende ATC-kod J06BA02 ska göras om. Som grund för inställningen anförs att upphandlingen har utförts på ett korrekt sätt och att SLL inte på något sätt har brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Bolaget saknar rätt att ansöka om åtgärder enligt LOU mot det nya förfarandet. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att bolaget kan visa att det lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. I det aktuella fallet fanns en väsentlig brist i bolagets anbud, nämligen brist på erforderligt tillstånd för att bedriva handel med läkemedel i Sverige. Bolaget lider inte någon skada.

SLL utvecklar talan enligt följande.

Skaderekvisitet

Oavsett de påstådda brister i SLL:s förfrågningsunderlag som bolaget nu anför i sin ansökan om överprövning, kvarstår faktumet att förutsättningen

för att ett anbud ska antas är att samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Länsrätten har i ovan nämnda domar bedömt att bolaget inte uppfyllde skall-kravet avseende erforderligt tillstånd för att bedriva handel med läkemedel i Sverige. Detta innebär enligt SLL att bolaget inte rimligen kan anses ha lidit eller kan komma att lida skada på grund av förfrågningsunderlagets utformning så länge de påstådda bristerna inte hänförs till just det skall-krav som bolaget inte uppfyllde. SLL kan inte se att bolaget har lidit eller kommer att lida någon skada på grund av utformningen av resten av förfrågningsunderlaget.

Preklusion

När det gäller de påstådda bristerna i förfrågningsunderlaget har bolaget inte heller under något tillfälle av upphandlingen framfört synpunkter eller förfrågningar i de avseenden som nu görs gällande. Att det finns en sådan skyldighet framgår av Länsrättens i Göteborg dom i mål nr 380-03, vilken fastställts av Kammarrätten i Göteborg. Vidare har NOU uttalat motsvarande åsikt (se *NOU Info* mars 2003, s. 6). Bolaget har de facto lämnat anbud och därvid givit svar på samtliga de områden inom vilka man nu påstår att man inte förstått förfrågningsunderlaget eller ansett att detta varit oklart.

Förfrågningsunderlaget

SLL medger till viss del att det inte tydligt framgår av förfrågningsunderlaget om SLL har avsett att ingå avtal med en eller flera anbudsgivare avseende respektive ATC-kod. Motiveringen bakom skrivelsen är att anbudsgivarna i upphandlingen erbjuder ett sortiment per position. SLL visste inte på förhand hur det erbjudna sortimentet från respektive anbudsgivare skulle se ut. SLL ville ändå säkerställa att SLL hade möjlighet att välja det mest ekonomiskt fördelaktiga "paket" av produkter per position. Detta kunde innebära att SLL skulle välja mer än en anbudsgivare i händelse av att t.ex. ett fullständigt sortiment inte erbjuds och att det sålunda krävs flera anbudsgivare för att tillhandahålla ett tillräckligt brett sortiment till för-

skrivarna per position.

Utvärderingsmodellen

Bolaget har gjort gällande att det förekommer ett antal brister i SLL:s utvärderingsmodell/viktingsmall (bilaga 1.8 till anbudsinvitan), vilket bestrids av SLL.

Den annonserade läkemedelsupphandlingen omfattade cirka 100 positioner med ett förbrukningsmönster varierande mellan 1-30 förpackningstyper. Att för varje position ange historiskt förbrukningsmönster skulle givetvis bli omfattande och har dessutom inte tidigare efterfrågats i samband med anbudsfrågan. Därför har SLL inte angett förbrukningsmönstret per position.

Om en anbudsgivare hade begärt förbrukningsmönstret i en särskild position kunde SLL ha informerat en intresserad anbudsgivare därmed. Att detta inte har skett i denna upphandling kan beror på att försäljningsstatistik för läkemedel på förpackningsnivå finns tillgängligt genom två oberoende statistikleverantörer (IMS Health Consulting och Svensk läkemedelsstatistik). Detta torde vara bekant för samtliga läkemedelsföretag.

Angående tillägget i utvärderingsmodellen av andra anbudsgivares förpackningstypers pris anför följande. Den modell som SLL har valt att använda för framräknande av en enhetlig anbudskostnad för en offererad produkt är en vedertagen modell som dessutom finns tydligt beskriven i anbudsfrågan, *bilaga 8*.

Av detta framgår hur SLL avser göra en jämförelse av anbudskostnaden. Beskrivningen är skriven på ett generellt sätt och det går inte att på förhand fastställa vilken anbudsgivares pris som kan användas i jämförelsen. Detta eftersom SLL inte på förhand kan veta vare sig vilka anbudsgivare som ska

inkomma med anbud eller till vilket pris. Det är följaktligen omöjligt att ange vilket pris som eventuellt kan komma att adderas i förväg i varje enskilt fall.

Angående vilket AIP-pris som ska gälla anføres följande. Det finns enligt SLL varken AIP 2008 eller AIP 2009. AIP kan förändras varje månad. SLL använde de aktuella och lägsta AIP-priserna vid beräkningen av anbuds-kostnaden.

Sammanfattningsvis anser SLL att utvärderingsmodellen har beskrivits på ett fullständigt och tydligt sätt. Den modell som används är en allmänt accepterad modell som används av fler upphandlande myndigheter i Sverige. Modellen är utformad för att möjliggöra jämförelse mellan anbud med olika sortimentsbredd. Att prisutvärderingen av olika förpackningar inte har redovisats av SLL vid tilldelningsbeslutet beror på den stora mängd utvärderingar som gjordes. Beräkningen som gjordes finns att tillgå hos SLL på begäran.

Rangordning av anbudsgivare

Vad gäller rangordning anføres följande. I punkt 1.19 i anbuds-inbjudan anges att ifall flera anbudsgivare antas på samma position kommer dessa att rangordnas i stigande prisordning. SLL instämmer i att just den formuleringen är oklar. Istället borde det stå "stigande jämförelsetal" i enlighet med *Beskrivning av utvärderingsmodell viktningsmall*, bilaga 8 till anbuds-inbjudan. Utvärderingen av ATC-koden J06BA02 skedde enligt utvärderingskriteriet *mest ekonomiskt fördelaktigt anbud*. Det var denna grund som skulle styra en rangordning i denna position i fall flera anbudsgivare antagits. Syftet med skrivningen var aldrig att kunna frångå rangordningen.

SLL instämmer att det var en olycklig formulering med hänsyn till att även om utvärderingskriteriet i många positioner var lägsta pris fanns det också

andra positioner där det bästa anbudet valts utifrån att det var det mest ekonomiskt fördelaktigt. Inte desto mindre anser SLL att anbudsgivarna rimligen borde ha insett att formuleringen var felaktig. Det hade nog väckt bestörtning om anbudsgivarna egentligen uppfattat, som bolaget gör gällande, att SLL avsåg att rangordna enligt ett helt annat utvärderingskriterium.

Det ska slutligen noteras att Regeringsrätten i RÅ 2002 ref. 50 har uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att kraven för att anse ett upphandlingsförfarande strida mot dessa principer numera måste ställas relativt högt. SLL har inte på något sätt brutit mot LOU. Inte heller lider bolaget skada. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

UTREDNINGEN I MÅLET

I anbudsförfrågan sektion 1.2 under rubriken "Omfattning" anges bl.a. följande. Denna upphandling avser successiva leveranser av läkemedel och läkemedelsnära produkter på rekvisition, efter avrop, till Stockholms läns landstings förvaltningar, bolag och stiftelser samt SLL:s entreprenörer.

I sektion 1.19 anges följande. Avtal kan komma att tecknas med en eller flera anbudsgivare på de olika positionerna. Ifall flera anbudsgivare antas på samma position kommer dessa att rangordnas i stigande prisordning. Avtal anses slutet när det undertecknats av båda parter. Avtalsvillkor framgår av Avtalsmallen. Anbudsgivaren skall i anbudet bekräfta att han godkänner avtalsvillkoren i Avtalsmallen i sin helhet.

I anbudsförfrågan, *bilaga 6*, anges vad gäller ATC-koden J06BA02 att det anbud som ska antas är det som är ekonomiskt mest fördelaktigt med viktning.

I anbudsförfrågan, *bilaga 8*, anges bl.a. följande. Utvärderingen sker med tillämpning av s.k. jämförelsetal. Detta innebär att det sker en poängsättning av icke priskriterier, som återfinns i viktningsmallarna för respektive terapigrupp i bilagorna 1.7.1 till 1.7.16. Den brist som en anbudsgivare uppvisar på icke priskriterier i förhållande till maximalt kvalitetspoäng omvandlas till ett påslag på priset. Priset plus påslag utgör anbudets jämförelsetal.

Priset kommer att beräknas som den totala kostnaden för efterfrågad/e ATC-kod/er eller del därav vid 100 % följsamhet till avtal med respektive leverantör. Kostnaden baseras på antalet förpackningstyper i enlighet med förbrukningsmönstret från föregående år, d.v.s. 2008.

Om en förpackningstyp saknas i anbudet, ersätts den i första hand med motsvarande kvantitet från annan förpackningstyp hos anbudsgivaren, i andra hand, om annan förpackningstyp saknas hos anbudsgivaren eller om det är praktiskt olämpligt ur användarperspektiv att ersätta en förpackning med en annan från anbudsgivaren, kommer den saknade förpackningstypen att ersättas med en förpackning från annan leverantör. Därmed kommer också den ersatta produktens AIP-pris att läggas på anbudsgivarens pris.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 16 kap. 1 § första stycket stadgas följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap 2 § stadgas följande. 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten bedömer inledningsvis förutsättningarna för att pröva bolagets ansökan om överprövning.

Vad gäller SLL:s invändning att en väsentlig brist i bolagets anbud (avsaknaden av tillstånd att bedriva handel med läkemedel i Sverige) medför att bolaget saknar rätt att ansöka om åtgärder enligt LOU gör förvaltningsrätten följande bedömning. SLL har rättat upphandlingen på så sätt som föreskrevs genom Länsrättens i Stockholms län dom den 15 januari 2010. En leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada har rätt att ansöka om åtgärder inom ramen för det nya förfarandet (jfr Kammarrättens i Göteborg beslut i mål nummer 5262-09 samt Kammarrättens i Jönköping beslut i mål nummer 3072-09). Något hinder mot att pröva bolagets ansökan finns således inte på denna grund.

SLL har vidare gjort gällande att bolaget under upphandlingsförfarandet inte åberopat de brister som nu görs gällande genom ansökan, vilket bolaget enligt SLL har en skyldighet att göra. Förvaltningsrätten konstaterar att LOU inte innehåller några regler angående preklusionsfrist för ansökningar om överprövning avseende de inledande momenten i en upphandling.

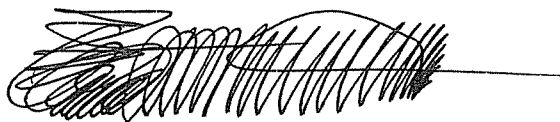
SLL:s invändning i denna del medför inte att bolagets talan inte ska tas upp till prövning.

Länsrätten i Stockholms län förordnade genom dom den 15 januari 2010

om rättelse av det tilldelningsbeslut som meddelades av SLL den 3 november 2009. Rättelsen medförde att en ny utvärdering skulle genomföras vid vilken bolagets anbud inte skulle beaktas. Av domskälen framgår att bolaget saknade erforderligt tillstånd för att bedriva handel med läkemedel i Sverige vid tidpunkten för anbudstidens utgång, trots att skall-kravet besvarats jakande.

Bolaget har i den ansökan om överprövning som nu är föremål för förvaltningsrättens bedömning anfört att det föreligger ett antal brister i SLL:s förfrågningsunderlag. Förvaltningsrätten konstaterar att ingen av dessa brister kan hänföras till det skall-krav som låg till grund för att bolagets anbud enligt länsrättens tidigare dom inte skulle beaktas i upphandlingen. Även om det som påtalats vid en prövning skulle visa sig utgöra brott mot LOU eller gemenskapsrätten, kvarstår den ursprungliga bristen i bolagets anbud. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att bolaget varken lider eller kan komma att lida, varför skaderekvisitet inte kan anses vara uppfyllt. Vad bolaget anfört förändrar inte denna bedömning. Förutsättningar för att ingripa med stöd av LOU saknas därmed. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Kurt Björk
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarie Anders Lagerwall.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 vartill 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.

