



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2017-06-16
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
13176-16

SÖKANDE

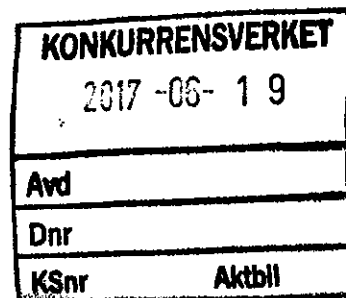
Abcur AB, 556701-3957
Bergaliden 11
525 23 Helsingborg

MOTPART

Hallands läns landsting, 232100-0115
Box 517
301 80 Halmstad

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på sådant sätt att en ny prövning av anbudet genomförs avseende ACT-kod J01FA01 (Erytromycin).

Dok.Id 474973

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Hallands läns landsting genomför en upphandling av *Ramavtal för Antibiotika (J01, A07), Antimykotika (J02AC) och Immunoglobuliner mot hepatit- subcutant (J06BB04) – komplettering 2016, dnr RGS 160352.*

Anbud kan lämnas på en eller flera ACT-koder.

Av tilldelningsbeslut den 29 november 2016 framgår att Mylan Hospital AS (Mylan) tilldelats kontrakt avseende ACT-kod J01FA01 (Erytromycin).

YRKANDEN M.M.

Abcur AB yrkar att upphandlingen avseende J01FA01 (Erytromycin) får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny anbudsutvärdering utan beaktande av anbudet från Mylan och anför bl.a. följande.

Landstinget har utvärderat och antagit Mylans anbud trots att det inte uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget.

Enligt punkt 2.1 i förfrågningsunderlaget ska anbudet uppfylla samtliga obligatoriska krav för att anbudet ska få delta i anbudsutvärderingen. Ofullständiga anbud kommer inte att antas. Därtill står det att landstinget bara har möjlighet att anta anbud som innehåller efterfrågad information.

I punkten 3.9 i förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska lämna referenser från två uppdrag, som styrker att leverantören har erforderlig erfarenhet av att framgångsrikt leverera läkemedel i motsvarande omfattning som anbud lämnas på, följsamhet mot riktlinjer, samverkansförmåga, följsamhet mot ingångna avtal etc. Punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget innehåller en svarsmodell för de referenser som efterfrågas i punkten 3.9.

Av svarsmallen framgår det tydligt att leverantören bl.a. ska lämna uppgifter om uppdragets värde och tidsåtgång. – I frågor och svar förtydligar landstinget att med tidsåtgång avses avtalstid. Landstinget ska således kunna utläsa när referensuppdragen utfördes. – För att kunna bedöma om referensuppdragen är relevanta för det aktuella uppdraget är det relevant att bl.a. känna till referensuppdragens värde och när de utfördes.

Mylan har lämnat sitt anbud direkt i förfrågningsunderlaget. I svarsmallen har Mylan inte lämnat något värde för något av de referensuppdrag som återopas och har som svar på frågan om uppdragens tidsåtgång endast lämnat uppgift om att uppdragen har utförts ”under avtalad tid”.

Av Mylans anbud framgår alltså varken vilket värde referensuppdragen har eller när de har utförts. Då Mylans anbud saknar efterfrågade uppgifter borde landstinget ha förkastat anbudet. Dessutom kan noteras att landstinget i avsaknad av efterfrågade uppgifter saknat möjlighet att avgöra om Mylan uppfyller skall-kravet i punkt 3.9 gällande teknisk förmåga m.m. Även av denna anledning borde landstinget ha förkastat Mylans anbud.

Sammanfattningsvis har landstinget genom att utvärdera och anta Mylans anbud brutit mot likabehandlingsprincipen och sålunda mot 1 kap. 9 § LOU. Om landstinget rätteligen hade förkastat Mylans anbud hade kontraktet tilldelats bolaget. Bolaget har således lidit skada.

Landstinget anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Värdet på aktuellt kontrakt för preparatet erytromycin som bolaget lämnat anbud på beräknas uppgå till 70 000 - 80 000 kr. Med beaktande av det ringa värdet på åtagandet får de uppgifter som Mylan har lämnat i svarsmall för referenser anses vara fullt tillräckliga för att styrka erfarenhet av att leverera aktuella läkemedel i enlighet med det krav som stadgas i

förfrågningsunderlaget. Sett till det i sammanhanget måttliga kontraktsvärdet får landstinget anses ha fått efterfrågade uppgifter som visar att Mylan uppfyller kravet på redovisning av erforderlig kompetens. Avsikten med svarsmodellen för redovisning av referenser var att denna ska tjäna som en hjälpare hand och inte som en stjälpande hand som sorterar bort goda anbud.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Frågan i målet är om det finns sådana brister i den aktuella upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU.

Upphandlande myndigheter ska 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av förfrågningsunderlaget ska det framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas (jfr EU-domstolens dom C-27/15 och HFD 2016 ref. I-II).

Det är ostridigt att det i förfrågningsunderlaget ställs obligatoriska krav på att leverantören ska lämna referenser från två uppdrag samt att i fastställd svarsmall för de referenser som efterfrågas bl.a. lämna uppgifter om uppdragets värde och tidsåtgång. Parterna är även överens om att Mylans anbud saknar nyss nämnda uppgifter. Trots avsaknaden av dessa uppgifter har landstinget utvärderat anbudet. Enligt praxis finns emellertid endast möjlighet att utvärdera anbud som innehåller all efterfrågad information och som uppfyller ställda obligatoriska krav. Genom att anta ett anbud som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav har landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Detta innebär att Abcur AB har lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför förutsättningar för att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. Det är tillräckligt att utvärderingen av ACT-kod J01FA01(Erytromycin) rättas.

Särskilt om partsställningen i målet

Förvaltningsrättens avgörande får enligt 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) överklagas av den det angår, om det gått honom emot.

Av praxis om talerätt i mål om offentlig upphandling framgår att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i

omständigheterna i det enskilda fallet (se HFD 2011 ref. 29, 2011 ref. 85 och 2012 ref. 2).

Praxis är emellertid inte fast och enhetlig i frågan om vinnande leverantör är att betrakta som part när domstolens domslut inte i sig innebär att någon leverantör utpekats som vinnare (se exempelvis Kammarrättens i Göteborg beslut den 23 mars 2017 i mål nr 1090–1092-17, Kammarrättens i Sundsvall beslut den 21 september 2016 i mål nr 2130-16 och Kammarrättens i Göteborg beslut den 22 september 2015 i mål nr 5126-15). Frågan har något berörts i doktrinen (se exempelvis Johansson, D., Tredjemansinträde i upphandlingsmål, Förvaltningsrättslig tidskrift 2016, s. 61 ff., Ulfsdotter Forsell, A., Fortsatta oklarheter på talerättens område – en betraktelse från en praktiker, eller talerätt inom upphandlingsområdet – ett område som behöver tydliggöras, Upphandlingsrättslig tidskrift 2016, s. 363 ff. och Ulfsdotter Forsell, m.fl., Ändrad talerätt i upphandlingsmål, Europarättslig tidskrift 2011, s. 705 ff.).

Domen i nu aktuellt mål innebär inte att upphandlingen avbryts, att någon annan leverantör utpekats som vinnare eller att Mylan utesluts från det vidare förfarandet. Vidare har Mylan möjlighet att ansöka om överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut, när sådant fattats. Förvaltningsrätten anser därför med stöd av den praxis som utvecklats i Högsta förvaltningsdomstolen att domen inte har en sådan precis och påtaglig betydelse som krävs för att Mylan bör beredas tillfälle att yttra sig i målet.

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

Ann Rittri
Rådman

Magnus Nylander
Rådman

I avgörandet har även deltagit nämndemännen Britt-Marie Kuylenstierna,
Muraiz Medic och Gunnar Olsson.

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.