



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2014-04-22
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 27489-13

SÖKANDE

sanofi-aventis AB, 556441-2574
 Box 14142
 167 14 Bromma

Ombud: Advokaterna Morvarid Dorkhan Nilsson och Magnus Stålmarker
 Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
 Box 180
 101 23 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
 SLL Juridik och upphandling
 Box 22550
 104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-04-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 472497

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) har påbörjat en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, benämnd *Läkemedel på rekvisition 2014*, dnr SLL450. SLL har genom beslut den 4 november 2013 avbrutit upphandlingen bl.a. avseende position 99 som rör ATC-koden L03AX16. Som skäl för beslutet angavs att upphandlingen har skett av förbiseende då SLL redan har befintligt avtal för denna position.

sanofi-aventis AB (sanofi-aventis) ansöker om överprövning av SLL:s beslut att avbryta upphandlingen gällande ATC-koden L03AX16 och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Beslutet är inte förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. SLL har därvid särskilt åsidosatt principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens. Beslutet vilar inte på några sakligt godtagbara skäl. Sanofi-aventis har genom beslutet lidit eller kan komma att lida skada eftersom bolaget därigenom går miste om det kontrakt som bolaget tidigare rätteligen har tilldelats med den konsekvensen att bolaget inte kan leverera aktuellt läkemedel till SLL under kontraktstiden.

I upphandlingen fattades tilldelningsbeslut den 21 oktober 2013 varigenom sanofi-aventis tilldelades kontrakt avseende ATC-koden L03AX16. SLL meddelade härefter den 4 november 2013 att myndigheten avbröt upphandlingen avseende bl.a. ATC-koden L03AX16. Beslutet motiverades med att SLL redan har ett befintligt avtal för denna ATC-kod. Sanofi-aventis har genom information från SLL erfarit att SLL den 25 september 2013, dvs. flera månader efter att anbud hade lämnats och öppnats i upphandlingen, skickade ett nytt avtal till den befintliga leverantören Orifarm AB

(Orifarm). Enligt SLL har man skickat över det nya avtalet till Orifarm av misstag. Såvitt sanofi-aventis förstår har både SLL och Orifarm undertecknat det nya avtalet avseende ATC-koden L03AX16, vilket har föranlett SLL att avbryta upphandlingen.

I avbrytandebeslutet påstår SLL att upphandlingen skulle ha skett av förbiseende då SLL redan har ett befintligt avtal avseende ATC-koden L03AX16. Detta är dock ett oriktigt och missvisande påstående. Det är det nya avtalet mellan SLL och Orifarm som har tillkommit genom ett förbiseende som närmast kan betraktas som i vart fall grovt vårdslöst. Att under pågående upphandling och efter att ha tagit del av och granskat inkomna anbud helt åsidosätta upphandlingen och i stället ingå avtal med en befintlig leverantör som visserligen lämnat anbud i upphandlingen, men som rättligen inte skulle ha tilldelats något kontrakt i upphandlingen framstår som ett flagrant åsidosättande av grundläggande upphandlingsrättsliga principer om likabehandling, proportionalitet och transparens.

Det bestrids att ingåendet av nytt avtal med en leverantör, vars anbud dessutom inte var det med lägst pris, skulle utgöra sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen, särskilt inte då även SLL:s eget tilldelningsbeslut utvisar att kontrakt i upphandlingen rättligen skulle ha tilldelats annan leverantör. Det förtjänar att framhållas att det varken föreligger något fel i förfrågningsunderlaget eller i upphandlingen.

SLL bestrider bifall till bolagets talan och anför bl.a. följande.

Orifarm deltog i SLL:s föregående upphandling av läkemedel på rekvisition avseende bl.a. ATC-kod L03AX16. Tilldelningsbeslut i denna upphandling meddelades den 7 oktober 2011 och Orifarm antogs då som ensam leverantör av ATC-kod L03AX16. SLL ingick avtal med Orifarm den 12 november 2011 för leverans av ATC-kod L03AX16 för en initial avtals-

period fr.o.m. den 1 januari 2012 t.o.m. den 31 december 2012 med rätt för SLL att påkalla förlängning av avtalet med upp till 24 månader, dvs. som längst t.o.m. den 31 december 2014 (fortsättningsvis Avtalet).

I april 2013 inhämtade SLL:s expertråd en lista av läkemedel som ska ingå i den kommande upphandlingen och ATC-kod L03AX16 fanns med på denna lista. Listan gavs sedan till den ansvariga upphandlaren. Under samma månad gjorde expertrådet en separat bedömning av vilka av de befintliga avtalen för läkemedel som skulle förlängas. Olyckligtvis och på grund av förbiseende hamnade Avtalet på listan av de avtal som skulle förlängas. Denna lista gavs sedan till den ansvariga avtalscontrollern. Det kan i efterhand konstateras att det vid denna tidpunkt förelåg två motstridiga avsikter hos SLL att både upphandla ett nytt avtal och förlänga det befintliga Avtalet för leverans av ATC-kod L03AX16.

Enligt den rutin som gäller för förlängningar av avtal och i enlighet med förlängningsklausulen begärde SLL via avtalscontrollern den 25 september 2013 förlängning av Avtalet. Förlängningen avser perioden fr.o.m. den 1 januari t.o.m. den 31 december 2014. Orifarm skrev under förlängningen den 3 oktober 2013. Den 21 oktober 2013, dvs. samma dag som SLL via upphandlaren meddelade tilldelningsbeslut i upphandlingen, blev SLL informerad av Orifarm att SLL hade tilldelat avtal till sanofi-aventis trots att SLL redan hade Avtalet avseende samma ATC-kod. SLL kontaktade därför sanofi-aventis skyndsamt för att informera om misstaget, varefter bolaget uppmanade SLL att kontakta Orifarm för att gemensamt säga upp Avtalet. Orifarm vägrade dock att komma överens om detta.

Som en direkt följd av Orifarms vägran att häva avtalet meddelade SLL den 4 november ett nytt beslut i upphandlingen. Denna gång beslutade SLL att ändra det tidigare meddelade tilldelningsbeslutet genom att avbryta upphandlingen. Skälet för avbrytandet var att upphandlingen av position

99 – L03AX16 – Plerixafor hade "skett av förbiseende" då SLL redan hade ett befintligt avtal för denna ATC-kod. Innebörden av detta är att tilldelning i upphandlingen har skett av misstag. I och med att Avtalet förlängdes den 25 september 2013 ändrades förutsättningarna för upphandlingen eftersom SLL:s anskaffningsbehov och intresse för att fullfölja upphandlingen upphörde. Det är den upphandlande myndigheten som själv bestämmer om den ska gå ut i en offentlig upphandling för att täcka sitt anskaffningsbehov. Motsatsvis är det den upphandlande myndigheten som bestämmer när en påbörjad upphandling inte längre är ändamålsenlig med hänsyn till anskaffningsbehovet eller förändrade förutsättningar. Upphandlingsreglerna kan aldrig tvinga fram ett inköp.

Det bestrids att avbrytandebeslutet är ett åsidosättande av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens. Förutsättningarna för upphandlingen förändrades när det uppdagades att det redan fanns ett upphandlat avtal för leverans av samma produkt som skulle upphandlas. SLL hade följaktligen inget annat alternativ än att avbryta upphandlingen i detta fall. Om SLL inte hade avbrutit upphandlingen och i stället tecknat ett nytt avtal med bolaget, och därmed haft två parallella avtal med två leverantörer avseende ensamrätt att leverera samma preparat, hade SLL löpt stora risker för skadeståndsanspråk för avtalsbrott från såväl sanofi-aventis som Orifarm. Av EU-domstolens praxis framgår avseende rätten att avbryta en upphandling att felbedömningar i en upphandling har ansetts utgöra sakliga skäl för avbrytande av en upphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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 iakttas.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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 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 bedömning

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 43 följer 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. Ett avbrytande får dock endast ske under förutsättning att myndigheten – när den fattar ett sådant beslut – kan presentera sakliga skäl för beslutet och att myndigheten iakttar grundläggande unionsrättsliga regler inom offentlig upphandling (jfr EU-domstolens domar i mål C-92/00 *HI* och C-244/02 *Kaupatalo Hansel*).

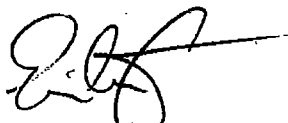
SLL har efter att tilldelningsbeslut meddelats i upphandlingen avseende läkemedel på rekvisition 2014 avbrutit upphandlingen för bl.a. ATC-koden L03AX16 (position 99). Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandling kan avbrytas även efter det att ett tilldelningsbeslut meddelats (jfr Kamrätten i Stockholms avgöranden den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10 samt den 28 april 2011 i mål nr 4614-10). Förvaltningsrätten anser vidare att en upphandlande myndighet bör kunna avbryta en upphandling om behovet av upphandlingsföremålet har förändrats eller upphört.

I målet har framkommit att orsaken till att SLL har avbrutit den i målet aktuella delen av upphandlingen har varit att myndigheten under upphandlingens gång förlängt ett tidigare gällande avtal avseende ATC-koden

L03AX16. Det behov av föremålet för upphandlingen som fanns när upphandlingen inleddes har således inte längre förelegat vid tidpunkten för slutförandet av upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening får detta anses utgöra ett godtagbart skäl att avbryta en upphandling. Det förhållandet att det förändrade behovet har orsakats av att den upphandlande myndigheten begått ett misstag förändrar inte denna bedömning. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte visat att avbrytandebeslutet i denna del strider mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Erika Odung

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.