



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2012-11-02  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 21495-12  
 Enhet 12

**SÖKANDE**

Abcur AB, 556701-3957  
 Bergaliden 11  
 252 23 Helsingborg

**MOTPART**

Stockholms läns landsting, 232100-0016  
 Box 22550  
 104 22 Stockholm

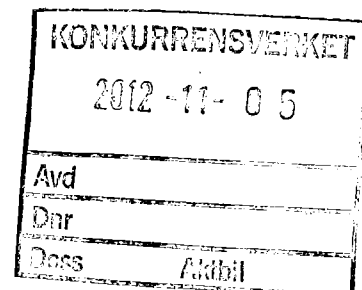
Ombud: Landstingsjuristen Paul Collins  
 Samma adress som ovan

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Stockholms läns landstings upphandling "Läkemedel på rekvisition SLL 450 2013", dnr LS 1205-0633, ska göras om avseende position C01CA06 Fenylefrin



Dok.Id 291285

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

## BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför, med öppet förfarande, en upphandling avseende succesiva leveranser av läkemedel och läkemedelsnära produkter på rekvisition, efter avrop, till SLL:s förvaltningar, bolag och stiftelser samt SLL:s entreprenörer. Dessutom ingår de leveranser som sker till äldreboende (sjukhem), omsorgsverksamhet och gruppboenden samt de preparat som rekvireras till de gemensamma förråden i hemsjukvården. Vidare ingår Gotlands kommun och statliga institutioner på sjukhusen i länet. Den 8 oktober 2012 fattade SLL ett tilldelningsbeslut innebärandes att annat företag än Abcur AB (Abcur) antas som leverantör av SLL:s Läkemedel på rekvisition, SLL 450 2013, gällande position C01CA06 Fenylefrin.

Abcur har ansökt om överprövning av upphandlingen med yrkande om att upphandlingen ska göras om såvitt avser positionen C01CA06 Fenylefrin. Till stöd för sin talan anför Abcur i huvudsak följande. Upphandlingen har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att SLL angett som skall-krav i förfrågningsunderlaget att leverantörer endast får offerera licensläkemedel som är godkända för försäljning. Kravet är felkonstruerat med hänsyn till läkemedelslagstiftningen och leder till att leverantörer och distributörer förhindras från att offerera licensläkemedel.

Utformningen av skall-kravet i punkten 2 i kravspecifikationen – såvitt gäller licensläkemedel – brister i tydlighet. Den mest rimliga tolkningen av kravet var att licensläkemedel skulle komma att diskvalificeras, eftersom de inte kan uppfylla kravet på godkännande före avtalsstart. Om SLL, som indikeras i tilldelningsbeslutet, avsåg att licensläkemedel inte behövde uppfylla kravet, borde detta ha framgått av förfrågningsunderlaget.

Potentiella anbudsgivare ska inte behöva räkna med att skall-krav ska tolkas i direkt strid mot deras ordalydelse.

SLL har även brutit mot likabehandlingsprincipen genom att godta de anbud som offererade licensläkemedel, trots att dessa anbud stred mot det aktuella skall-kravet. Skall-kravet i punkt 2 i kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget tilläts endast anbud avseende licensläkemedel som vid avtalsstart hade godkänts för licensförsäljning. Kravet förhindrade därmed Abcur från att offerera fenylefrin som licensläkemedel för positionen C01CA06 i upphandlingen. I och med att Abcurs produkter är likvärdiga med, och till och med mer lämpade än, de produkter som slutligt antogs, innebär utformningen och tillämpningen av skall-kravet i punkten 2 ett klart brott mot likabehandlingsprincipen. Kravet innebär vidare ett klart brott mot icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen.

SLL har utvärderat tre anbud som inte kan uppfylla skall-kravet samt tilldelat kontrakt till ett fjärde anbud som inte uppfyller skall-kraven. Detta visar tydligt att det aktuella skall-kravet har utformats på ett felaktigt och olämpligt vis. Abcur avstod från att offerera fenylefrin som licensläkemedel på grund av att Abcur hade befogad anledning att räkna med att anbudet skulle diskvalificeras vid prövningen av skall-kravet i punkt 2 i kravspecifikationen. Om kravet hade varit korrekt utformat, så hade Abcur haft möjlighet att offerera licensläkemedel och skulle följaktligen ha lämnat anbud. Abcur är övertygat om att detta anbud skulle ha stått sig väl i konkurrensen. Abcur har således lidit skada i den mening som avses i 16 kap. LOU. Bristen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, varför upphandlingen ska göras om.

SLL medger bifall till Abcurs yrkande om att upphandlingen ska göras om såvitt avser positionen C01CA06 Fenylefrin och anför i huvudsak följande. Efter en förnyad bedömning anser SLL att skall-kravet i punkt 2 i kravspecifikationen avseende tidpunkten när licensläkemedel ska vara godkända för licensförsäljning av Läkemedelsverket är otydligt och brister i

transparens. Kravet riskerar att leverantörer av licensläkemedel, såsom Abcur, förhindras från att offerera licensläkemedel. I och med att det rör sig om ett skall-krav som hör till den inledande fasen av upphandlingen och att otydligheten i skall-kravet bevisligen har påverkat åtminstone en leverantörs möjlighet att lämna anbud kan det endast vara fråga om, vid ett eventuellt val av lämplig påföljd i det aktuella fallet, att göra om upphandlingen avseende positionen C01CA06 Fenylefrin.

### DOMSKÄL

#### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas bl.a. följande. Om den upphandlande enheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

I kravspecifikationen punkt 2 Myndighetskrav anges:

”Läkemedel skall, senast 2012-09-01, vara godkända för försäljning i enlighet med bestämmelserna i Läkemedelslagen (SFS 1992:859) och uppfylla de krav och bestämmelser som gäller för godkända läkemedel i Sverige. Licensläkemedel skall vara godkända för licensförsäljning av Läkemedelsverket senast vid avtalsstart.”

Abcur har bland annat gjort gällande att utformningen av skall-kravet i punkten 2 i kravspecifikationen – såvitt gäller licensläkemedel – brister i

tydlighet. SLL vitsordar att så är fallet och har på den grunden medgett bifall till ansökan. Förvaltningsrätten finner inte anledning att göra en annan bedömning. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför. Utformningen av skall-kravet har medfört att det har funnits potentiella leverantörer, såsom Abcur, som har avhållit sig från att lämna anbud. Förfarandet har därmed inneburit en sådan skada eller risk för skada för leverantör som avses i 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bristen i skall-kravet i punkt 2 i kravspecifikationen kan antas ha påverkat upphandlingens uppsökande skede kan rättelse inte komma i fråga. Förvaltningsrätten bifaller därför bolagets ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om såvitt avser positionen C01CA06 Fenylefrin.

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



Tove Berlin

förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Karin Ekström.



# 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. 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 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU