



KLAGANDE

Stockholms läns landsting

Ombud: Advokaterna Ulf Djurberg och Lynda Ondrasek Olofsson samt
jur.kand. Malin Albert
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Abbott Scandinavia AB, 556046-6137

Ombud: Advokat Helén Waxberg samt jur.kand. Anna Lapinska och Carl
Lundeholm
Box 1711
111 87 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

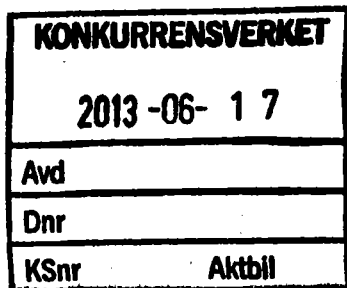
Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 27 november 2012
i mål nr 18563-12, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till överklagandet upphäver kammarrätten förvaltningsrättens
dom och avvisar ansökan om överprövning.



YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting yrkar i första hand att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, inte är tillämplig. I andra hand yrkar landstinget att målet visas åter till förvaltningsrätten för förnyad prövning. Landstinget anför bl.a. följande. Inköpsprocessen avseende läkemedel inom slutenvård och öppenvård skiljer sig väsentligt åt. Upphandlingsskyldighet föreligger endast för slutenvårdsläkemedel. För öppenvårdsläkemedel gäller lagen (2002:160) om läkemedelsförmåner m.m. Patientens köp av förskrivna öppenvårdsläkemedel som ingår i sistnämnda lag subventioneras av det offentliga genom högkostnadsskyddet. Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket (TLV) beslutar om ett läkemedel ska ingå i läkemedelsförmånerna och fastställer läkemedlets inköpspris och försäljningspris som ska tillämpas av öppenvårdsapotek. Om ett öppenvårdsläkemedel har lämnats ut med kostnadsreducering enligt högkostnadsskyddet har öppenvårdsapoteket rätt att få ersättning för denna kostnad av det landsting inom vars område patienten är bosatt. Det är denna lagstadgade kostnad som landstinget ger läkemedelsföretagen incitament att sänka i utbyte mot en rekommendation från landstinget. En rekommendation kan inte vara föremål för upphandling när rekommendationen är en tjänst som landstinget själv ska utföra. Vidare måste rekommendationerna ses i ljuset av samtliga faktorer som påverkar valet av läkemedel såsom patientbehov, öppenvårdsapotekens möjlighet att sälja paralleldistribuerade läkemedel m.m.

Abbott Scandinavia AB bestrider bifall till landstingets yrkanden och anför bl.a. följande. TLV har i ett beslut den 14 januari 2013 bekräftat att avtal av aktuellt slag innebär en förändring av det av TLV fastställda priset för ifrågavarande läkemedel. Eftersom läkemedelsbolagen har leveransplikt för de läkemedel som förskrivs inom läkemedelsförmånerna till patienter inom landstinget och landstinget i sin tur har ett i lag reglerat

betalningsansvar för sådana läkemedel uppstår en inköpssituation. Vad upphandlingen syftar till är att åstadkomma en styrning av förskrivning av TNF-alfahämmare, vilket resulterar i att vald leverantörs försäljningsvolym kommer att öka. Patienten har ingen möjlighet att kräva att få ett annat läkemedel om han eller hon har föreskrivits ett visst läkemedel. Den styrning upphandlingen medför får således fullt genomslag och kan inte påverkas vid utlämnandet av produkten vare sig av öppenvårdsapoteket eller av patienten. Avtalet måste ses som ett avtal mellan köpare och säljare om leverans av ett läkemedel.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller lagen offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar.


Med offentlig upphandling avses, enligt 2 kap. 13 § LOU, de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.


En förutsättning för att ett förfarande ska anses utgöra en offentlig upphandling är att det är fråga om en myndighets anskaffning av en vara, tjänst eller byggentreprenad mot ersättning i någon form. Är det inte fråga om en sådan anskaffning eller är det inte fråga om ersättning i någon form är LOU inte tillämplig.


I förevarande fall har landstinget avgett en avsiktsförklaring om att träffa avtal om återbäring med ett läkemedelsföretag. Avtalet innebär att landstinget åtar sig att rekommendera det läkemedel som ger landstinget mest totalekonomisk nytta mot att företaget åtar sig att till landstinget betala återbäring. Kammarrätten finner att det i målet ifrågasatta förfarandet inte kan anses innebära att landstinget genomför en anskaffning i den mening


som avses i det upphandlingsrättsliga regelverket. Förfarandet omfattas därför inte av LOU varför förvaltningsrättens dom ska upphävas och Abbots ansökan om överprövning avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Catharina Lindqvist
kammarrättsråd
ordförande


Henrik Jansson
kammarrättsråd
referent


Frédrik Bergius
tf assessor


Caroline Sommar
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-11-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
18563-12
Enhet 17

SÖKANDE

Abbott Scandinavia AB, 556046-6137

Ombud:
Advokat Helén Waxberg
Jur. kand. Anna Lapinska
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud:
Advokat Ulf Djurberg
Jur. kand. Malin Albert
Jur. kand. Danijela Blagojevic
Setterwalls Advokatbyrå AB
Arsenalsgatan 6
Box 1050
101 39 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Abbott Scandinavia AB:s ansökan om ingripande och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 288481

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, YRKANDE M.M.

Stockholms läns landsting (landstinget) har avgett en avsiktsförklaring avseende att teckna avtal om rekommendation och kostnadsåterbäring av läkemedel. Enligt avsiktsförklaringen avser Stockholms läns landsting att sluta avtal med annan leverantör än Abbott Scandinavia AB (Abbott).

Abbott yrkar att förfarandet ska göras om. Till stöd för yrkandet anförs i huvudsak följande. Upphandlingen har skett i strid med LOU och principerna om transparens och likabehandling. Som en följd av detta har Abbott lidit eller i vart riskerar att lida skada. LOU ska tillämpas på förfarandet.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför att talan ska avvisas med hänsyn till att LOU inte är tillämplig i målet.

DOMSKÄL

Konkurrensverkets yttrande

Konkurrensverket har i sitt yttrande angett att LOU inte är tillämplig i målet. Som skäl anför verket sammanfattningsvis följande. LOU omfattar bara sådana affärer mellan myndigheter och leverantörer där myndigheten är köpare av varan, tjänsten eller byggentreprenaden. Bedömningen av huruvida det föreligger en upphandlingspliktig anskaffning enligt LOU bör göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och på ett sådant funktionellt sätt att det inte är möjligt att kringgå upphandlingslagstiftningen. Det aktuella förfarandet kan inte anses utgöra en anskaffning i den mening som avses i det upphandlingsrättsliga regelverket. Leverantören åtar sig att betala ekonomisk ersättning till landstinget mot att landstinget åtar sig att rekommendera leverantörens läkemedel. Det är således landstinget, inte leverantören, som är säljande part. Förfarandet kan inte anses utgöra ett led

i ett större sammanhang eller upplägg i syfte att kringgå LOU. Omständigheterna ger istället vid handen att affären inte har något vidare eller annat syfte än att landstinget genom att sälja en rekommendation av läkemedel till högstbjudande vill minska sina kostnader för läkemedelsförmånerna. Att landstingets förfarande skulle kunna leda till en snedvridning av konkurrensen på ett sätt som motsvarar ett felaktigt genomfört upphandlingsförfarande enligt LOU medför inte i sig att LOU blir tillämplig. Likaså saknar det betydelse för LOU:s tillämplighet huruvida landstingets förfarande skulle strida mot annan lagstiftning.

Förvaltningsrättens bedömning avseende LOU:s tillämplighet

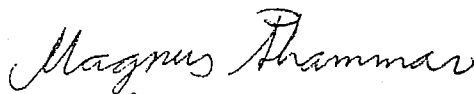
Förvaltningsrätten anser, i likhet med Konkurrensverket, att bedömningen av om det föreligger en upphandlingspliktig anskaffning enligt LOU bör göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och på ett sådant funktionellt sätt att det inte är möjligt att kringgå upphandlingslagstiftningen. Till skillnad från Konkurrensverket anser emellertid förvaltningsrätten att aktuellt förfarande bör betraktas som en upphandlingspliktig anskaffning enligt LOU eftersom förfarandet innebär att landstinget, genom rekommendation, försöker styra läkemedelsanvändningen på ett sådant sätt att landstingets patienter använder det läkemedel som kostar minst för landstinget. Att vald leverantör använder sig av en återbäringskonstruktion för att tillhandahålla erbjuden prisjustering medför inte att landstinget kan betraktas som säljande part. LOU är således tillämplig i målet.

Vad gäller frågan om förfarandet strider mot annan lagstiftningen anser förvaltningsrätten, i likhet med Konkurrensverket, att detta saknar betydelse för LOU:s tillämplighet.

*Förvaltningsrättens bedömning avseende förfarandets förenlighet med
LOU*

Offentliga upphandlingar ska annonseras under förutsättning att inte något av undantagen i 4 kap. 5-8 §§ LOU är tillämpligt. Det ankommer på landstinget att, vid avsaknad av annonsering, göra sannolikt att något av dessa undantag föreligger. Eftersom landstinget överhuvudtaget inte framfört några synpunkter gällande undantagens tillämplighet kan det inte anses visat att ett giltigt undantag föreligger. Upphandling står således i strid med LOU på grund av avsaknaden av annonsering. Att landstinget på annat sätt försökt informera Abbott om den pågående upphandlingen innebär inte att bristen kan anses avhjälpd. Förvaltningsrätten bedömer vidare att Abbott får anses ha lidit skada med anledning av aktuell brist. Mot denna bakgrund ska upphandlingen göras om.

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



Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Gustav Blomberg.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.