

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**
2015-06-18
Meddelad i
VäxjöMål nr
967-15**SÖKANDE**ApoEx AB, 556633-4149
Box 6079
102 32 StockholmOmbud: Olle Lindberg
c/o Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 StockholmOmbud: Advokat Kristian Pedersen
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm**MOTPART**Region Kronoberg, Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö**SAKEN**Begäran om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling
(2007:1091); LOU**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ApoEx AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg (Regionen) har genomfört en upphandling kallad ”enteralt nutritionsmaterial inkl. sondnäringsar och kosttillskott samt distributionstjänst”. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt LOU. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Fyra anbud inkom varav ett diskvalificerades. Enligt beslut daterat den 9 mars 2015 har Mediq Sverige AB tilldelats kontraktet.

ApoEx AB (ApoEx) ansöker om överprövning och yrkar att utvärderingen görs om. I huvudsak har följande anförts. Deras anbud har felaktigt förkastats. Som skäl till beslutet har Regionen angett att lämnade förpackningspriser inte gick att relatera till pris per enhet. Någon mer konkret förklaring till vilka delar av prisbilagan som anses felaktig, har inte lämnats. Detta trots att ApoEx efterfrågat besked. Informationsskyldigheten enligt 9 kap. 10 § LOU är inte uppfylld. Anbudet från ApoEx uppfyller dock efterfrågade krav. I sammanhanget bör framhållas att den artikellista som ingår i förfrågningsunderlaget, som ligger till grund för anbudgivarnas prisbilaga är inkonsekvent utformad när det gäller för vilka enheter som prisuppgifterna ska lämnas på. Exempelvis anges i flik 4, rad 18 (avseende grupp 4 och 10) att det som ska anges av anbudsgivarna och utvärderas av Regionen är priset per förpackning, den gråmarkerade raden. Samtidigt kan konstateras att priset för de olika smakerna i denna grupp, ska anges i ml. Denna typ av inkonsekvens återfinns även på andra ställen i artikellistan. Detta kan möjligen förklara Regionens oförmåga att relatera förpackningspriserna till priserna per enhet. Regionen har i sådana fall missuppfattat sin egen artikellista. ApoEx har räknat om priset per förpackning till exempelvis pris per ml, d.v.s. en enhet som Regionen angett i artikellistan. Dessutom är anbudspriset varken ”extremt lågt” eller ”astronomiskt högt” jämfört med övriga anbudsgivares. ApoEx hade det lägsta jämförelsepriset av inkomna anbud, innan Regionen genomförde den testning av anbudsgivar-

nas beställningsportaler, som var en del av utvärderingen. Denna utvärdering fick ApoEx inte delta i. Det saknas dock anledning att tro att om bolagets beställningsportal skulle utvärderats inte skulle fått ett mycket förmånligt eller åtminstone godkänt resultat. Det kan därför konstateras att ApoEx skulle ha tilldelats kontraktet eller åtminstone haft en realistisk chans att göra detta. ApoEx har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Det råder fri prissättning på marknaden. Det finns därför inget som hindrar en anbudsgivare från att lämna höga priser för en eller flera produkter i ett anbud. Förfrågningsunderlaget innehåller inget obligatoriskt krav avseende högsta tillåtna pris. Vissa positioner i anbudet är prissatta under ett öre per förpackning. Regionen anmärker på att marknadsvärdet på dessa varor är 10-20 kr per förpackning. Det finns inget krav i aktuell upphandling på att offererade priser måste vara över eller under vissa nivåer. Regionen menar även att ApoEx inte har lämnat någon närmare motivering till varför artikellistan ska anses vara korrekt ifylld. Regionen har dock inte begärt någon sådan motivering. ApoEx har enbart via e-post underrättats om att de påstådda felaktigheterna har medfört diskvalificering. Bolaget har rimligen inte kunnat förklara sig bättre eftersom artikellistan är ifylld i enlighet med ställda krav. Regionen har inte visat att det finns något enskilt krav i underlaget eller LOU som motiverar att anbudet förkastas. Varken artikellistan eller förfrågningsunderlaget anger någonstans att priser endast får anges med två decimaler. I punkt 1.6.1 i förfrågningsunderlaget anges följande. ”Priser ska anges i kronor (SEK) exkl. mervärdesskatt.” Såsom prisexempel nämns 10,00 kr. Detta är dock endast ett exempel på hur man kan fylla i listan och inget krav. Dessutom har ApoEx lämnat pris på kronor och ören. Priset 0,05989 är detsamma som 0 kr och 5,989 öre.

Regionen påstår först nu att ApoEx inte uppfyller obligatoriska krav på tillräcklig kapacitet, resurser och kompetens. Detta bestrides. Påståendena har varken framgått av tilldelningsbeslut eller tidigare epostkorrespondens.

Att detta framförs först nu tyder på att Regionen försöker hitta andra skäl till att förkasta anbudet.

Det är felaktigt att ApoEx inte uppfyller kraven på kapacitet, resurser och kompetens. Bolaget omsätter ca 1,5 miljarder kronor och utför idag liknande uppdrag av större omfattning. Detta är utförligt redogjort för i anbudet. Dessutom är kravet ställt på organisationsnivå och samtliga av de efterfrågade funktionerna ingår i anbudet.

Referensuppdrag 1 avser inte enbart dentalprodukter, vilket Regionen felaktigt påstår. Dessutom hade ApoEx i den upphandlingen ett eget webbbeställningssystem, vilket framgår av anbudet. Referensuppdrag 2 är likvärdigt uppdraget i upphandlingen, eftersom det avser inköp, lagerhållning och distribution av läkemedel till brukare samt ett förskrivningssystem för förskrivare. Det är korrekt att logistiken är samordnad och sker via kunden, men uppdraget avser inte enbart hemleverans till brukare. Det avser även leverans av brukares varor till Regionens beställande enheter såsom kommunala boenden, kök och sjukhus. Dessutom ska påpekas att referenser enligt underlaget ska avse ”motsvarande uppdrag” och inte exakt samma uppdrag som det upphandlade. Att kräva att referensuppdraget skulle avse exakt samma varuområden som ingår i upphandlingen skulle dessutom vara oproportionerligt. När Regionen förkastade ApoEx anbud bröt man mot principerna om likabehandling och öppenhet.

Regionen bestrider bifall till ApoEx talan och anför i huvudsak följande. Lämnade anbudspriser var angivna på ett sådant sätt att Regionen bedömde prislistan som felaktig. För vissa positioner angavs ett pris understigande ett öre per förpackning för kosttillskott. Marknadspris för motsvarande förpackning av dessa produkter är 10-20 kr. Detta ska jämföras med att det för vissa positioner gällande glutenfria varor, har angetts ett pris på upp mot 900 kr per förpackning i relation till marknadspriset på ca 40 kr per

förpackning. Anbudspriser ska i enlighet med artikellistan anges i kronor och ören, d.v.s. 2 decimaler i enlighet med exempelraden för varje flik. I ApoEx anbud anges priser med 5 decimaler vilket innebär att priserna inte har lämnats i enlighet med anvisningarna. Regionen gjorde därför bedömningen att inlämnad prislista var felaktig och anbudet diskvalificerades därför. Detta beslut kommunicerades med ApoEx som sedan vidhöll att priserna var korrekt ifyllda. Regionen har tidigt under anbudsutvärderingen gett ApoEx möjlighet att motivera varför prislistan är korrekt. Någon godtagbar förklaring har dock inte lämnats. Artikellistan är inte inkonsekvent utformad. I artikellistan för flik 1-7 ska anbudsgivarna lämna pris per enhet och pris per förpackning. Enhet anges styck, ml eller gram beroende på vilken enhet artikeln säljs i. I ”frågor och svar” under fråga 71 publicerades även ett förtydligande.

Dessutom uppfyller ApoEx inte samtliga obligatoriska krav. Deras anbud ska därför förkastas av andra skäl. Under punkt 1.4.5 i administrativa föreskrifter ställs krav på anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet. Det har i anbudet angetts att nyckelpersoner avseende sortimentsexpert/ kundansvarig ska rekryteras till uppdraget. Bolaget uppfyller därför inte kraven på tillräcklig kapacitet, resurser och kompetens.

Under punkt 1.4.9 i administrativa föreskrifterna anges att anbudsgivaren ska lämna referensuppdrag som styrker erfarenhet att leverera motsvarande tjänst. Av lämnade uppgifter framgår att referensuppdrag 1 avser försäljning av dentalprodukter till Stockholms läns landsting. Detta kan inte anses vara likvärdigt med inköp, lagerhållning och öppenvård. ApoEx tillhandahåller ingen beställningsportal till kund utan beställningen görs i köparens. Det görs inte heller leverans till privatperson utan endast till verksamheter som ingår i Stockholms läns sjukvårdsområde. Referensuppdrag 2 avser försäljning av hjälpmedel. Enligt kontakt med Rehab Station Stockholm AB beskrivs samarbetet enligt följande. Beställning av läkemedel och pro-

dukter sker av ApoEx i normalfallet en gång per vecka. Produkterna som avses används i företagets verksamhet. Beställning av läkemedel och produkter till brukare sker 3-10 gånger per vecka och uppskattas omfatta 1 000 leveranser per år. Sammantaget är leveransmängden beräknad till omkring 1 500 per år. Referensuppdraget avser köp av andra artiklar där uppkomna frågor hanteras av ordermottagning och avser endast leveransbesked. Erfarenhet av hemleveranser och kontakt med brukare kan ej verifieras. Rådgivande roll genom befintlig kundtjänst kan ej verifieras. Sammantaget styrker inte angivna referenser kravet på efterfrågad erfarenhet.

Under punkt 1.4.10 i administrativa föreskrifter uppställs krav på att anbudsgivaren ska ha personalresurser med kompetens att utföra efterfrågad tjänst. ApoEx har angett att efterfrågade kompetenser avseende kundansvarig, distributionsansvarig samt inköp och logistik inte finns i dagsläget. Detta avses att säkerställas först efter framtida rekrytering. Resursen saknas därför och kravet är inte uppfyllt.

I punkt 1.4.10 i administrativa föreskrifterna uppställs krav på en väl fungerande kundtjänst. ApoEx har angett i sitt anbud att personal saknas men kommer att rekryteras. Kravet uppfylls alltså inte.

Bristerna i ApoEx anbud är sådana att de inte kan kompletteras utan brott mot likabehandlingsprincipen. Eftersom endast ett skäl räcker för förkastande gjordes valet att endast redovisa ett skäl i beslutet. En förnyad anbudsutvärdering skulle därför inte innebära någon förändring i beslutet att förkasta anbudet.

Bestämmelserna i LOU ger inte någon generell möjlighet att efter anbuds tidens utgång komplettera ett anbud. Den begärda kompletteringen skulle innebära att nya sakuppgifter tillfördes anbudet. Likabehandlingsprincipen skulle därför åsidosättas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Av tilldelningsbeslutet framgår att annan leverantör än ApoEx har tilldelats uppdraget och att ApoEx förkastats. Orsaken till diskvalificeringen var att deras prislista innehöll felaktigheter. Regionen har i samband med upphandlingens överprövning åberopat ytterligare diskvalificeringsgrunder.

Den första frågan förvaltningsrätten ska ta ställning till är, möjligheten för Regionen att i samband med överprövningen anföra nya diskvalificeringsgrunder. Det saknas bestämmelser i LOU eller praxis som ålägger upphandlande myndigheten att pröva om alla obligatoriska krav är uppfyllda före tilldelningsbeslutet (jfr dom i mål nr 3105-11 från kammarrätten i Gö-

teborg samt dom i mål 2427-11 från kammarrätten i Sundsvall). Förvaltningsrätten är därför oförhindrad att pröva de nya omständigheterna.

Prislista

I artikellistan som ingår i förfrågningsunderlaget förväntas anbudsgivaren fylla i pris per enhet och pris per förpackning. Regionen har under varje flik angett ett prisexempel för pris per förpackning med 10,00 kr. Det är ostridigt i målet att ApoEx under vissa positioner har lämnat pris på vara med under 1 öre och med 5 decimaler. Vissa positioner är enligt Regionen dyrare än normalt. Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Brukligt är att pris lämnas med två decimaler. Prisexemplet kan dock inte anses vara formulerat på ett sådant sätt att det utesluter att fler än två decimaler får användas. Att vissa priser överstiger eller understiger marknadens normalpriser utgör inte heller en tillräckligt grund att förkasta anbudet på de av Regionen anförda skälen. Regionen har under sådana förhållanden inte haft skäl att förkasta anbudet p.g.a. prissättningen.

Personalens utbildnings- och yrkeskvalifikationer

Under punkt 1.4.10 i administrativa föreskrifter uppställs krav på att anbudsgivaren ska ha personalresurser med kompetens att utföra efterfrågad tjänst. Anbudet ska innehålla en beskrivning över personalresurserna avseende kundansvarig och distributionsansvarig. Såsom kravet är formulerat anser förvaltningsrätten att det är obligatoriskt. Det får anses ostridigt att ApoEx i sitt anbud har angett att efterfrågade kompetenser avseende kundansvarig, distributionsansvarig samt inköp och logistik inte finns i dagsläget. Enligt yttrande från ApoEx är kravet ställt på organisationsnivå och samtliga av de efterfrågade funktionerna därför ändå ingår i anbudet. Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det emellertid inte av förfrågningsunderlaget att det räcker att kompetensen finns inom koncernen. Förvaltningsrätten anser därför att vid anbudstidens utgång var det obligatoriska kravet inte uppfyllt. Frågan är då när det obligatoriska kravet skulle vara

uppfyllt. Regionens inställning synes vara att kravet skulle vara uppfyllt vid anbudstidens utgång. ApoEx har inte visat att kravuppfyllnaden fick ske senare. Regionen har därför haft skäl att förkasta anbudet av denna anledning.

Anbudsgivarens teknisk förmåga och kapacitet

Under punkt 1.4.5 i administrativa föreskrifter ställs krav på att anbudsgivaren ska ha tillräcklig kapacitet, resurser och kompetens. Som bevis på detta ska anbudsgivaren bifoga en kortfattad beskrivning av företaget med uppgifter om resurser och organisation för inköp, försäljning/ordermottagning, lagerhållning, logistik, avisering, uppföljning och övriga administrativa frågor. Presentationen ska beskriva hur tjänsten ska utföras med utgångspunkt av ovanstående uppgifter. Enligt förvaltningsrättens mening framstår kravet som obligatoriskt. Av handlingarna i målet framgår att ApoEx i sitt anbud har angett att sortimentsexpert/ kundansvarig saknas vid anbudets ingivande. Enligt förvaltningsrättens bedömning ger det ApoEx har anfört inte stöd för att detta krav kunnat uppfyllas först vid avtalsstart och att således Regionen skulle sakna fog för sin invändning mot anbudet i denna del.

Förvaltningsrättens samlade bedömning är därmed att Regionen haft skäl att förkasta anbudet från ApoEx. Regionen har under sådana förhållanden inte brutit mot LOU i detta hänseende. Inte heller har ApoEx anfört något i övrigt som visar att Regionen brutit mot LOU. Ansökan om överprövning bör därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D-LOU)

Daniel Samuelson

Föredragande har varit Helene Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.