



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-09-04
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7581-12 E
8443-12 E
Enhet 2:6

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Svensk dos AB, 556869-9143
c/o Martin Svensson
Salagatan 15 A
753 30 Uppsala

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

2. Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Forvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2012-09-04	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 155172

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 2
7581-12 E
8443-12 E

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen och Region Halland (regionerna) har genomfört en upphandling avseende maskinell dosdispensering av läkemedel för öppenvård. Upphandlingsformen var förenklat förfarande och utvärderingen skedde enligt principen lägsta pris. I anbudsinlämnandet ingick även förhandling av anbuderna med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget. Efter avslutade förhandlingar fastställdes ett slutgiltigt underlag som grund för leverantörernas prissättning. I det slutliga underlaget hade bl.a. avtalsmallen i den del den avsåg ansvarsbegränsning ändrats. Den ursprungliga lydelsen var "parts maximala skadeståndsåtagande under avtalsperioden är begränsad till det totala kontraktsvärdet". I den slutliga avtalsmallen skrevs istället att skadeståndsåtagandet begränsades till totalt 50 miljoner kr/år. Av tilldelningsbesluten framgår att regionerna har valt att anta Apotekstjänst Sverige AB:s anbud.

YRKANDEN M.M.

Svensk dos AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. Av avsnitt 1.5 i förfrågningsunderlaget framgår att den upphandlande myndigheten vill ta upp avsnitten markerade med vite och förhandling till diskussion samt att övriga punkter kan tas upp till diskussion på anbudsgivarens initiativ. Regionerna har trots detta initierat förhandlingar beträffande andra delar i underlaget än de delar som har markerats med vite och förhandling. Detta utgör en överträdelse av principen om transparens eftersom bolaget har haft att utgå från att endast de markerade avsnitten skulle komma att bli föremål för förhandling på regionernas initiativ. Efter förhandlingar mellan regionerna och bolaget har bolaget den 16 maj 2012 fått besked från regionerna om att det maximala skadeståndsåtagandet är begränsat till 50 miljoner kr per år. Den 21 maj 2012 har regionerna förtydligat att beloppet utgör ett totalbelopp för avtalen med båda

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
7581-12 E
8443-12 E

regionerna. Ändringen i klausulen är väsentlig och har helt förändrat förutsättningarna för att lämna ett nytt pris. Regionerna har inte visat att förhandlingen om ansvarsbegränsningen initierats av en anbudsgivare. Om det skulle ha varit så, vilket bestrids, gäller detta initiativ enbart i förhållande till den anbudsgivaren, inte i förhållande till övriga anbudsgivare. För det fall en anbudsgivare initierar diskussion om en fråga bör diskussion om frågan endast föras med den anbudsgivaren och inte med övriga anbudsgivare – så länge regionerna i övrigt håller sig inom LOUs ramar.

Bolaget fick information vid förhandlingen om att skadeståndsåtagandet skulle komma att förändras. Detta betyder dock inte att bolaget tyckte att ändringen var förenlig med LOU. Det går inte att säga att förändringen av det fasta beloppet avseende ansvarsbegränsning utgjorde en sänkning av bolagets tidigare ansvarsåtagande då det ursprungliga priset enbart var ett preliminärt pris. Det stod klart redan innan anbuderna lämnats in att priset sannolikt skulle komma att förändras. Bolaget antog att priset snarare skulle justeras nedåt efter det att samtliga villkor blivit kända. Bolaget var inte berett på att ansvarsbegränsningen skulle komma att justeras på så sätt att det maximala skadeståndsåtagandet skulle uppgå till 50 miljoner kr per år vilket är en mycket hög övre gräns. Bolaget fick drygt en vecka på sig efter att förändringen blivit känd att justera sitt pris, göra ekonomiska och företagsinterna överväganden samt förankra det nya priset i företaget, dvs. mycket kort tid med tanke på kontraktets totala värde. Enligt bolagets uppfattning borde bolaget ha fått motsvarande anbudstiden på sig att justera sitt pris.

Agerandet från regionernas sida innebär dessutom troligen en överträdelse av likabehandlingsprincipen eftersom det, såvitt bolaget känner till, endast är i förhållande till bolaget som ovanstående väsentliga förändring har initierats. Det har funnits, eller finns i vart fall risk för, att det har förekommit ett stort antal komponenter som har haft avgörande betydelse vid prissätt-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 4
7581-12 E
8443-12 E

ningen av anbudena och som har förhandlats individuellt. Detta strider mot principerna om likabehandling och transparens.

Regionerna har sammanfattningsvis brutit mot principerna om likabehandling och transparens genom att tillämpa ett oklart och otydligt förfrågningsunderlag som har medfört att anbudsgivarna har kommit att behandlas olika vid förhandlingarna avseende avtalsvillkoren. Till följd av överträdelsen av bestämmelserna i LOU har Bolaget gått miste om möjligheten att tilldelas ramavtal i upphandlingen. Bolaget lider eller riskerar i vart fall att lida skada. Bolaget hade sannolikt kunnat lämna ett mycket konkurrenskraftigt pris i upphandlingen och därmed haft möjlighet att tilldelas ramavtal om regionerna inte hade agerat i strid med de grundläggande principerna i LOU. Det finns därför skäl för ett ingripande enligt LOU. Eftersom överträdelsen rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Regionerna anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Regionerna har i och med formuleringen i förfrågningsunderlaget informerat anbudsgivarna att genomgång samt förhandling skulle komma att hållas med var och en av anbudsgivarna. Vad gällde områdena "vite och förhandling" var dessa avsnitt som ännu inte var färdigställda utan skulle efter diskussion med anbudsgivarna göras om till en slutlig version. Regionerna har inte angett att det endast kunde komma att ske förändring av avsnittet "vite och förhandling" utan hela förfrågningsunderlaget var föremål för genomgång vid förhandlingen. Med beaktande av att det är just frågan om ansvarsbegränsningens maxbelopp som bolaget tar upp i fråga om förändringar och slutlig prissättning vill regionerna framhålla att detta avsnitt får anses höra till avsnittet "vite" med hänsyn till dess karaktär av skadestånd. Detta område har därmed varit ett av de områden som i förväg meddelats skulle komma under diskussion och förhandling varför det inte borde ha varit så oväntat som bolaget anger. Vidare anføres att den aktuella frågan

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 5
7581-12 E
8443-12 E

om skadeståndsåtagandets maxbelopp inte tagits upp till diskussion på regionernas initiativ. Frågan har istället väckts av en anbudsgivare. Frågan har därmed varit föremål för diskussion på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget. I samband med förhandlingarna uppkom en diskussion angående skrivningen av ansvarsbegränsningen där det bl.a. angavs att "parts maximala skadeståndsåtagande under avtalsperioden är begränsad till det totala kontraktsvärdet". Skrivningen ansågs strida mot likabehandlingsprincipen och regionerna kom tillsammans med anbudsgivarna fram till att en ändring skulle ske. Efter att förhandlingarna avslutades den 11 maj 2012 kom en slutlig version av punkten 20 i "villkor för upphandlingskontrakt" dvs. avtalsmallen, där skadeståndsåtagandet begränsades till totalt 50 miljoner kr/år. Meddelande om beloppsbegränsningen gick ut till samtliga anbudsgivare vid samma tillfälle, dvs. den 16 maj 2012. Den 18 maj inkom bolaget med frågor till följd av förändringen vilka besvarades dagen efter. Bolaget hade dessutom gjorts medveten om att förändringen skulle komma att ske avseende denna post redan vid förhandlingen. För bolaget innebär ändringen att den ekonomiska risken blev lägre. Från att ha haft ett åtagande på cirka 60 miljoner/år blev nu beloppet och den ekonomiska risken lägre.

Bolaget begärde med anledning av förändringen ytterligare tid att beräkna sitt slutgiltiga pris. Regionerna hade redan till följd av förändringen förlängt tiden tre dagar och nekade bolaget anstånd då det inte bedömdes utgöra en väsentlig förändring. Det bör tilläggas att bolaget nyss lämnat och tilldelats avtal i nästan två identiska upphandlingar. Bolaget hade därmed god insyn i sina konkurrenters prissättningar och metoder för att räkna fram ett konkurrenskraftigt pris. Bolaget angav i e-postmeddelande att orsaken till att de avstod från att lämna nytt pris var att de nya villkoren tiskerade att gå ut över det ekonomiska ansvar som bolaget har till andra avtalsparter i andra landsting. Tidsbrist angavs inte som skäl.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 6
7581-12 E
8443-12 E

Det har vidare inte skett någon särbehandling av någon av anbudsgivarna. Det finns inga alternativa avtal, eller någon annan särskrivning, beloppsgräns, tidsfrist eller liknande än dem som bolaget har fått ta del av. De förutsättningar, tidsfrister och avtalsvillkor som förekommit i den nu överprövade upphandlingen har varit likalydande för alla inblandade parter. Vid förhandlingar har det skett en genomgång av både förfrågningsunderlag och avtalsmall vilket har gett anbudsgivare möjlighet att tillsammans komma fram till det bästa slutgiltiga underlaget för anbudsgivarna att kunna lämna sin prisuppgift på.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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).

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 (1 kap. 9 § LOU).

Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare (2 kap. 24 § LOU).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 7
7581-12 E
8443-12 E

Utredningen

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande under punkten 1.5 Vite och förhandling. Under förhandlingen kommer vi att gå igenom punkt för punkt i "Villkor för upphandlingskontrakt" och "Kravspecifikation". I underlagen finns markeringar om vite och förhandling. Detta är avsnitt som den upphandlande myndigheten vill ta upp till diskussion. Naturligtvis kan även övriga punkter tas upp till diskussion då på Anbudsgivarens initiativ. Vi avser att till förhandlingen ha så stor kompetens att vi kan svara på de flesta frågor som uppkommer. Efter dialog med samtliga anbudsgivare kommer ett slutgiltigt underlag att fastställas. Detta underlag kommer att ligga till grund för det slutliga avtalet/prissättningen. Vi är medvetna om att det nya underlaget kan komma att förändra av anbudsgivarna angivet pris.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid en upphandling som genomförs med ett förenklat förfarande får den upphandlande myndigheten förhandla med en eller flera anbudsgivare. Sådana förhandlingar kan avse alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget. Förhandlingarna får dock inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Myndigheten får också begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Några bestämmelser som närmare reglerar när sådana förhandlingar, förtydliganden eller kompletteringar får användas eller hur myndigheten då ska förfara finns inte. Det krävs dock att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande inte bryter mot de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Med beaktande av formuleringarna i avsnitt 1.5 finns enligt förvaltningsrättens mening ett visst utrymme att tolka förfrågningsunderlaget på det sätt som bolaget gör gällande. Att ett sådant utrymme finns är inte optimalt men samtidigt utesluter inte förfrågningsunderlaget på något sätt förhandlingar rörande de avsnitt som inte är markerade. Regionerna har således inte agerat i strid med förfrågningsunderlaget då förhandling har förekommit rörande i målet aktuellt villkor. Förvaltningsrätten vill här understryka att möjligheten för anbudsgivarna att själva initiera förhandling av vissa

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 8
7581-12 E
8443-12 E

avsnitt utgör ytterligare stöd för att anbudsgivarna borde ha insett att fler än de avsnitt som var markerade skulle kunna bli föremål för förhandling och därmed föranleda ändringar i det slutliga underlaget. Bolaget hävdar att det skulle varit möjligt för upphandlande myndighet att förhandla med enbart den anbudsgivare som initierat frågan. En sådan möjlighet följer visserligen av lagens ordalydelse men då de grundläggande upphandlingsprinciperna måste genomsyra upphandlingen hade det varit i det närmaste ogörligt att förhandla med enbart ett bolag om ett visst villkor utan att bryta mot principen om likabehandling. Än mer omöjligt hade det varit att sedermera ändra det slutliga underlaget enbart i förhållande till den anbudsgivare som initierat förhandlingen. Bedömningen är således att anbudsgivarna borde ha insett att de kunde förvänta sig att fler avsnitt än de som var markerade i förfrågningsunderlaget kunde bli föremål för förhandling och därmed ändras. Detta synsätt styrks av den inledande formuleringen i 1.5 där det framgår att *"under förhandlingen kommer vi att gå igenom punkt för punkt i "Villkor för upphandlingskontrakt" och "Kravspecifikation"*. Förfrågningsunderlaget har därmed varit tillräckligt förutsägbart och transparent och skäl för att besluta om åtgärd enligt LOU på denna grund saknas.

Även om bedömningen är att ändringen som sådan inte strider mot vad som stadgas i förfrågningsunderlaget är den inte tillåten om den utgör en ändring av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Av utredningen i målet framgår att villkoret om ansvarsbegränsning i det ursprungliga förfrågningsunderlaget var kopplat till det totala kontraktsvärdet. Bolagets preliminära pris skulle, med den äldre skrivningen, ha inneburit en ansvarsbegränsning på cirka 60 miljoner kronor. Den ändrade skrivningen innebar istället en ansvarsbegränsning på 50 miljoner kr. Under förutsättning att bolaget vid inlämnandet av det preliminära priset tog hänsyn till då aktuellt villkor om ansvarsbegränsning kan förvaltningsrätten inte se att ändringen försvårar prissättningen på det sätt som bolaget nu gör gällande.

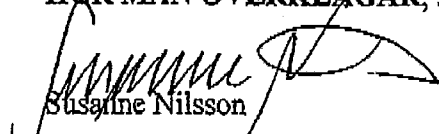
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 9
7581-12 E
8443-12 E

Skillnaden i den ekonomiska risken före respektive efter ändringen bedöms inte vara så betydande att ändringen är att kategorisera som en ändring av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Med beaktande av ovan angivna resonemang, anser förvaltningsrätten även att den extra tid som anbudsgivarna fick med anledning av ändringen varit skälig. Mot denna bakgrund och då bolaget inte i övrigt visat att regionen agerat i strid mot principerna enligt LOU är bedömningen att ansökan om överprövning ska avslås.

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


Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande i målet har varit Anna Wennergren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 3109/1B LOU