



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 30

DOM
2020-01-20
Meddelad i Stockholm

Mål nr
440-19

Sida 1 (5)

SÖKANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097

Ombud: Advokat Einar Wanhainen
Calissendorff Swarting Advokatbyrå KB
Hamngatan 11
111 47 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Stockholm, 232100-0016
2. Region Gotland, 212000-0803

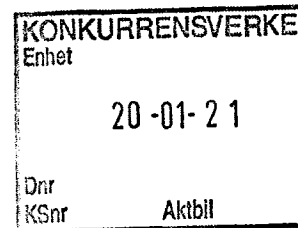
Ombud: Jurist Margarita Skeppstedt
Region Stockholm, Regionledningskontoret
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 1094999

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd30.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

SLL Upphandling genomförde, för Region Stockholms (Stockholms läns landsting) och Region Gotlands räkning, en upphandling av dosdispensering av läkemedel för öppenvården, SLL 461 (dnr LS 2016-1081) genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU). Den 30 juli 2018 ingicks ramavtal mellan de upphandlande myndigheterna å ena sidan och vinnande anbudsgivare å andra sidan. Avtalstiden löper under perioden den 1 februari 2019–31 januari 2022 med möjlighet till förlängning med upp till tolv månader.

YRKANDEN M.M.

Apotekstjänst Sverige AB

Apotekstjänst Sverige AB ansöker om överprövning och yrkar att avtalet ska ogiltigförklaras. Bolaget för fram bl.a. följande. Upphandlingsföremålet utgör en koncession. Upphandlingen har dock genomförts som en upphandling av ett tjänstekontrakt och reglerna för annonsering enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) har därmed inte följts. Fel CPV-kod har angetts vid annonseringen och annonseringen saknar uppgift om att det gäller en koncessionsupphandling samt uppgifter om preliminär storleksordning eller preliminärt värde. Annonsen innehåller inte sådan information som är nödvändig för att läsaren ska förstå att upphandlingen avser en koncession som innebär en ensamrätt att sälja läkemedel för över en miljard kronor. Annonseringen har därmed inte skett i enlighet med gällande krav enligt Bilaga VI till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).

Region Stockholm och Region Gotland

Region Stockholm och Region Gotland bestrider ansökan och för fram bl.a. följande. Det upphandlade ramavtalet med bilagor utgör ett tjänstekontrakt, inte en tjänstekoncession. Klassificeringen av den aktuella upphandlingen är dock inte självklar. I princip gäller att i situationer där det inte är möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet avser, ska myndigheten tillämpa det strängare och mer detaljerade regelverket gällande offentlig upphandling av tjänstekontrakt, vilket har skett i detta fall. Oavsett hur avtalet ska klassificeras finns det inte skäl för ogiltigförklaring, eftersom det ingångna avtalet har föregåtts av en annonserad upphandling. Annonseringen har skett med angivande av korrekt CPV-kod och anbudsinbjudan innehåller uppgift gällande preliminär storleksordning och historiska volymer. Upphandlingen har tidigare varit föremål för överprövning och påstådda fel under förfarandet får anses ha blivit rättskraftigt avgjorda genom domstolsprövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En förvaltningsdomstols avgörande i mål om överprövning av offentlig upphandling vinner inte negativ rättskraft (HFD 2013 ref. 36). Att den aktuella offentliga upphandlingen tidigare överprövats i förvaltningsdomstol hindrar sålunda inte att Apotekstjänsts ansökan prövas i sak.

Apotekstjänst ska som sökande på ett klart sätt ange på vilka grunder ansökan ska bifallas. Det är alltså Apotekstjänst som har åberopsbördan i målet. När det gäller bevisbördan i målet, anser förvaltningsrätten att även den fullt ut åvilar Apotekstjänst beträffande det Apotekstjänst åberopat till stöd för sin talan. Denna placering av bevisbördan följer av att Apotekstjänst är sökande i målet och att Apotekstjänst gör gällande att

regionerna för anskaffningen i fråga skulle ha använt LUK, dvs. ett mindre detaljerat och friare regelverk än ÄLOU.

Med hänsyn till hur Apotekstjänst bestämt sin talan åligger det således Apotekstjänst att på ett klart sätt ange vilka omständigheter som ligger till grund för påståendena dels att ersättningen till vinnande anbudsgivare helt eller delvis består av rätten att utnyttja det som upphandlingsföremålet gäller, dels att verksamhetsrisken överförts till vinnande anbudsgivare i ljuset av begreppsbildningen i LUK-direktivet – Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner – att risken omfattar verklig exponering för marknadens nycker och att eventuella förluster inte ska vara endast nominella eller försumbara.

Förvaltningsrätten anser att Apotekstjänst inte på ett tillräckligt klart sätt angett vilka omständigheter som har betydelse för Apotekstjänsts talan. Att en enligt Apotekstjänst liknande upphandling bedömts som en koncession tydliggör inte vilka omständigheter som ska läggas till grund för Apotekstjänsts talan i detta mål. Apotekstjänst ansökan kan sålunda redan av denna anledning inte bifallas.

Även om Apotekstjänsts påstående om att det rör sig om en koncession godtas, kan det konstateras att de av Apotekstjänst ifrågasatta avtalen ingåtts efter en föregående upphandling genom förenklat förfarande enligt ÄLOU. Upphandlingen har blivit allmänt känd genom en annonsering och föremål för överprövning (jfr prop. 2009/10:180 s. 360 och prop. 2015/16:195 s. 1155 och 1381). I målet har inte ifrågasatts att annonseringen har uppfyllt de mer detaljerade krav som uppställs vid upphandling av ett tjänstekontrakt enligt ÄLOU.

Genom att annonsera i enlighet med bestämmelserna i ÄLOU har regionerna vänt sig till marknaden på ett sådant sätt att upphandlingarna enligt förvaltningsrättens mening inte ska bedömas vara otillåtna direktupphandlingar enligt regelverket som styr upphandling av koncessioner.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Apotekstjänst inte på ett tillräckligt klart sätt angett grunderna för talan. Den påstådda bristen utgör dessutom inte en otillåten direktupphandling. Ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Mattias Almqvist
Chefsrådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

