



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-05-15
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 7285-12
 Enhet 17

SÖKANDE

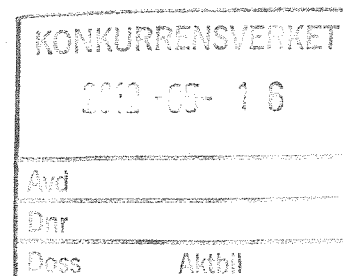
Svensk Dos AB, 556869-9143

Ombud: Advokat Lotten Blomkvist
 Ahlford Advokatbyrå AB
 Box 1111
 751 41 Uppsala

MOTPART

Stockholms läns landsting
 Upphandlingsenheten
 Box 22550
 104 22 Stockholm

Ombud: Landstingsjurist Paul Collins



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Svensk Dos AB:s ansökan.

Dok.Id 239017

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 i samverkan med Region Gotland en upphandling benämnd ”Upphandling av maskinell dosdispensering av läkemedel för öppenvård SLL 461”. Upphandlingen sker genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. I tilldelningsbeslut som sändes ut till leverantörerna den 27 mars 2012 har SLL meddelat att upphandlingen resulterat i ett beslut att träffa avtal med annan leverantör än Svensk Dos AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att de tilldelas det aktuella kontraktet istället för Apoteket AB alt. att upphandlingen görs om. De yrkar även att rätt avtalstid ska anges i tilldelningsbeslutet. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Krav på samlad plan över leveransställen

Enligt kravspecifikationen punkt 2.7 stycke två och fem framgår bl.a. att ”Leverantören ska presentera en samlad plan över leveranser och leveransställen”

samt

”Leverantören är skyldig att senast 1 månad innan avtalsstart (2013-02-01) redovisa avtalade avhämtningsställen till beställaren”.

Punkten har kommit att förtydligas i Frågor och svar nr 26 på så sätt att med samlad plan avses en ”samlad plan över de apotek/avhämtningsställen med god geografisk spridning dit leverans ska ske fritt enligt DDP Incoterms 2010” samt ”att planen ska finnas med i anbudet”.

Transparensprincipen

Upphandlingen strider mot principen om transparens eftersom ovanstående uppgifter i kravspecifikationen och svaret på fråga nr 26 strider mot varandra. Det är därmed oklart om det, såsom synes vara fallet utifrån kravspecifikationen, krävs att leverantören ska kunna redovisa avtalade avhämtningsställen först en månad innan avtalsstart, eller, såsom synes vara kravet enligt svaret på fråga nr 26, att det krävs att avtal tecknats med aktuella avhämtningsställen redan vid anbudstidpunkten.

SLL:s svar på fråga nr 26 kan uppenbarligen tolkas så att leverans- och avhämtningsställe är samma sak och att det krävs att avtal har ingåtts redan vid anbudstidpunkten. Förfrågningsunderlaget och svaret på frågan skapar otydlighet kring vad som krävs för att uppfylla ställda skall-krav. Otydligheten är så pass allvarlig att den kan ha fått leverantörer, som uppfattat kravet som att det krävs att avtal ingåtts redan vid anbudstidpunkten, att avstå från att lämna anbud. Detta innebär att upphandlingen brister i förutsebarhet och därmed strider mot principen om transparens.

Av förfrågningsunderlaget och svaret på fråga nr 26 framgår inte att det krävs att leverantören ska lämna in en lista på möjliga leveransställen för att kravet ska anses uppfyllt. SLL har emellertid vid sin utvärdering tillämpat kravet på samlad plan på det sättet att lista krävs och uteslutit bolaget p.g.a. att det inte lämnat in en sådan lista.

Proportionalitetsprincipen

Kravet på samlad plan över leverans och leveransställen är vidare oproportionerligt och är inte lämpligt eller nödvändigt för att säkerställa att anbudsgivarna kan genomföra upphandlingskontraktet samt uppnå syftet med upphandlingen. Marknaden för öppenvårdsapotek är sedan över två år tillbaka konkurrensutsatt men det är inte möjligt för andra aktörer än möjligen Apoteket AB, att med någon säkerhet kunna ange vilka avlämningsställen

som kan tänkas ingås avtal med för uppfyllande av det aktuella kontraktet. Det är inte heller möjligt eller rimligt för en ny leverantör att redan innan upphandlingskontraktet har tilldelats, se till att ha kontrakt med lämpliga avhämtningsställen.

Även för det fall att kravet ska tolkas så att det vid anbudstidpunkten endast krävs att leverantören presenterar en lista på potentiella avhämtningsställen som rent hypotetiskt skulle kunna bli aktuella att kontraktera för genomförande av det aktuella kontraktet så strider kravet mot proportionalitetsprincipen eftersom en dylik lista saknar funktion och visar inte hur leverantören ska genomföra kontraktet i fråga. Detta särskilt om det inte krävs att avtal har träffats med aktuella leveransställen redan i samband med anbudet. En lista över samtliga potentiella leveransställen på aktuell ort säger inte något om leverantörens möjlighet att i framtiden använda dessa för leveranser inom ramen för den upphandlande tjänsten. Därför är kravet oproportionerligt.

Likabehandlingsprincipen

Apoteket AB är den som idag har uppdraget att bedriva dosdispensering av läkemedel i Sverige och har fram till årsskiftet 2012/2013 avtal med ett antal avlämningsställen. Därför torde det endast vara Apoteket AB som möjligen skulle kunna uppfylla kravet ifråga vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Uppfyllandet av skall-kravet

Apoteket AB har dock inte heller fått fram en plan som uppfyller kraven enligt ovan nämnda punkt samt fråga och svar. De har lämnat in en lista över möjliga utlämningsställen. Emellertid har Apoteket AB inte avtal med samtliga i listan upptagna aktörer och för de aktörer som Apoteket AB för närvarande har avtal med finns inte några garantier för att dessa avtal för-

längs efter årsskiftet. Därmed har Apoteket AB inte heller uppfyllt samtliga skall-krav.

Felaktigheter i tilldelningsbeslut

Av förfrågningsunderlaget framgår det att avtalsperioden är 2013-02-01 – 2016-01-31. I tilldelningsbeslutet har dock felaktigt angetts att avtalstiden är 2013-01-01 – 2015-12-31. Tilldelningsbeslutet ska därför, även om upphandlingen inte förordnas göras om, rättas.

Bolaget riskerar att skadas

Anbudet har kommit in inom föreskrivna tiden men bolaget har inte ansett det vara möjligt, rimligt eller nödvändigt att lämna de uppgifter som efterfrågades i punkten 2.7. Kravet har tolkats så som att det skulle vara uppfyllt först senast en månad före driftstart. Det har därför angetts att plan över leveranser och leveransställen kommer att presenteras och stämmas av med SLL i god tid före driftstart. SLL har därför uteslutit bolaget från fortsatt utvärdering. Vid en jämförelse med övriga anbudsgivare har bolaget lämnat lägst pris om 0 kr och hade således tilldelats kontraktet ifråga. Följaktligen har bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av att SLL brutit mot LOU och dess grundläggande principer.

SLL bestrider bolagets yrkande och anför bl.a. följande. Upphandlingen har utförts på ett korrekt sätt. Bolaget har inte uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen eftersom man inte har presenterat en samlad plan över leveranser och leveransställen. Det aktuella skall-kravet är förenligt med såväl LOU som de gemenskapsrättsliga principerna. Något skäl att förkasta Apoteket AB:s anbud finns inte.

Leveransvillkor

I punkt 2.7 i kravspecifikationen har följande krav i andra respektive femte stycket ställts:

”Leverantören ska presentera en samlad plan över leveranser och leveransställen.”

”Leverantören är skyldig att senast 1 månad innan avtalsstart (2013-02-01) redovisa avtalade avhämtningsställen till Beställaren.”

Leveransställen och avhämtningsställen är två skilda begrepp. Med *avhämtningsställen* menas den lokal där en patient eller dennes bud hämtar ut en beställd vara och definieras i punkt 1.1 i kravspecifikationen. Med *leveransställen* menas de platser som anbudsgivaren avser att leverera läkemedelsdoserna. En anbudsgivare skulle t.ex. kunna leverera doserna till ett apoteks centralbelägna distributionscenter, leveransstället, som i sin tur kan se till att doserna finns tillgängliga på apoteket, avhämtningsstället, som ligger närmast patienten.

Påstådda brister i transparens, proportionalitet och likabehandling

Skall-kravet är tydligt utformat och syftet bakom skall-kravet framgår klart. Vad som efterfrågas är endast en samlad beskrivning av hur anbudsgivare avser att planera och utföra leveranserna av doserna. Svaret på fråga ”Fråga och Svar nr 26” strider inte heller mot kravet i punkt 2.7.

Det är inte oproportionerligt att begära en beskrivning av hur en upphandlande tjänst kommer att utföras. Har anbudsgivaren förberett och gett in ett anbud i en upphandling av maskinell dosdispensering av läkemedel för öppenvård, måste anbudsgivaren ha tillräcklig insyn och framförhållning för att kunna ge en samlad plan för leveranserna vilket inkluderar potentiella leveransställen. Skall-kravet är vidare noggrant utformat på ett sätt som inte är för högt ställt för att uppnå syftet med kravet.

Det är direkt felaktigt att det krävs att avtal tecknats med aktuella avhämtningsställen redan vid anbudstidpunkten. Uppgifter gällande ingångna avtal med avhämtningsställen kommer först att efterfrågas efter tilldelning av

upphandlingskontraktet, senast 1 månad innan avtalsstart i enlighet med det andra kravet i femte stycket i punkt 2.7.

Kravet kan inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Samtliga anbudsgivare har haft förutsättningarna klara för sig och möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Syftet med kravet var att begära in en beskrivning av hur den upphandlade tjänsten kommer att utföras vilket varje anbudsgivare borde kunna presentera. Det är därför inte korrekt att endast Apoteket AB skulle kunna uppfylla skall-kravet.

Bolaget synes ha tolkat kravet avseende redovisning av avtalade avhämtningsställen som ett skall-krav i kvalificeringsfasen, detta är inte korrekt. Kravet aktualiseras först efter tilldelning och senast en månad innan avtalsstart. Bolagets påstående rörande Apoteket AB:s brist på ingångna avtal vid anbudstillfället saknar därför betydelse i sammanhanget.

Slutligen synes det ostridigt att bolaget inte lämnade en samlad plan över leveranser och leveransställen vid anbudslämmandet. Bolaget har haft möjlighet att göra det men har inte gjort det eftersom det ville presentera planerna vid ett senare tillfälle. Eftersom bolaget inte uppfyllt skall-kravet har anbudet rätteligen förkastats. I och med att Apoteket AB lämnade en plan på leveranser med möjliga utlämningsställen i enlighet med skall-kravet, uppfyllde de skall-kravet.

Felaktigheter i tilldelningsbeslutet

SLL instämmer med det som bolaget har anfört avseende felaktig avtalstid i tilldelningsbeslutet. Det var ett administrativt skrivfel. Den korrekta avtalstiden som gäller är det som framgår av inbjudan till anbudsgivningen, förfrågningsunderlaget och kontraktet nämligen 2013-02-01 – 2016-01-31.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

I 16 kap. 6 § LOU, tidigare 16 kap. 5 § LOU, anges följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

UTREDNINGEN I MÅLET

Krav specifikation

2.7 stycke 2 och 5 Övriga leveransvillkor

Leverantören ska presentera en samlad plan över leveranser och leveransställen. Denna gäller för leveranser till särskilda boenden och ordinärt boende med eller utan hemtjänst. Patienterna i ordinärt boende kan vara inskrivna i hemsjukvård eller bo hemma utan sjukvårdsstöd.

Leverantören är skyldig att senast 1 månad innan avtalsstart (2013-02-01), redovisa avtalade avhämtningsställen till Beställaren.

Frågor och svar

Fråga 26

2.7 Övriga leveransvillkor

”Samlad plan över leveransställen”

- A) Vi yrkar förtydligande om vad som menas med samlad plan.
- B) Vi yrkar förtydligande om när en sådan plan ska tillhandahållas.

Svar

- A) Samlad plan över de apotek/avhämtningsställen med god geografisk spridning dit leverans ska ske fritt levererat enligt DDP Incoterms 2010.
- B) Ska finnas med i anbudet.

Tilldelningsbeslut

Av upphandlingsprotokoll, tillika tilldelningsbeslut, av den 27 mars 2012 framgår bl.a. följande. Kvalificering av leverantörerna har skett med avseende på anbudsgivarens ekonomiska ställning, samt dennes tekniska förmåga, kapacitet och erfarenhet.

Två anbudsgivare uppfyllde samtliga ställda kvalificeringskrav och gick vidare till prövning, de två övriga anbuderna förkastades.

De kvalificerade anbuderna har prövats mot ställda krav i Kravspecifikationen med bilagor. En anbudsgivare uppfyllde inte alla krav: Svensk Dos AB uppfyllde inte kravet att inkomma med en samlad plan över leveranser och leveransadresser. Kravet enligt Kravspecifikationen punkt 2.7 och även Frågor och Svar, fråga nummer 26, innebär att en sådan plan skulle finnas med i anbudet. Svensk Dos har i sitt anbud angett att denna plan ska inkomma senast en månad innan avtalsstart och alltså inte finnas med i anbudet.

Svensk Dos anbud

8.6 Gällande kravspecifikation 2.7: Övriga leveransvillkor

En samlad plan över leveranser och leveransställen kommer att presenteras och stämmas av med SLL så att de uppfyller alla i den här upphandlingen ställda krav i god tid före driftstart, dock senast en månad.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Felaktigheter i tilldelningsbeslutet

Bolaget har anfört att de anser att tilldelningsbeslutet ska rättas eftersom felaktig avtalstid anges. SLL har medgett att det står fel i tilldelningsbeslutet och att detta är ett administrativt skrivfel. SLL har därtill uppgett att korrekt avtalstid framgår av inbjudan till anbudsgivningen, förfrågningsunderlaget och kontraktet. Förvaltningsrätten finner således inte skäl att vidta någon åtgärd p.g.a. att felaktig avtalstid står skrivet i tilldelningsbeslutet.

Transparensprincipen

Bolaget har anfört att upphandlingen strider mot transparensprincipen eftersom förfrågningsunderlaget punkt 2.7 andra och femte stycket jämfört med svaret på Frågor och svar fråga nr 26 strider mot varandra.

Enligt förvaltningsrättens mening är skall-kravet i punkt 2.7 andra stycket i förfrågningsunderlaget tydligt utformat. Detsamma får anses gälla att vad gäller avhämtningsställen i punkt 2.7 femte stycket. Därtill anser förvaltningsrätten att det är lika tydligt att det är fråga om två olika begrepp, leveransställe och avhämtningsställe. Förfrågningsunderlaget är dessutom tydligt med att senast en månad innan avtalsstart ska leverantören redovisa avtalade avhämtningsställen. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att nämnda fråga i Frågor och Svar borde ha uttryckts mer tydligt och konsekvent. Det framgår dock vid läsning av svaret i fråga att svaret avser leverans. Således kan inte svaret på fråga ”Fråga och Svar” nr 26 anses strida mot skall-kravet i punkt 2.7. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att enbart den omständigheten att svaret på fråga nr 26 inte kan anses optimalt utformat utgöra att SLL vid upphandlingen i denna del brutit mot transparensprincipen. Förvaltningsrätten hänvisar då särskilt till Regeringsrättens uttalande i RÅ 2002 ref. 50 om att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när.

Bolaget har härefter anfört att upphandlingen strider mot transparensprincipen eftersom det inte framgår av förfrågningsunderlaget att det skulle krävas att leverantören ska lämna in en lista på möjliga leveransställen för att kravet i ovan nämnda punkt ska anses uppfyllt samt att bolaget har utslutits p.g.a. att de inte lämnat in en sådan lista.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte kan anses framgå av utredningen i målet att SLL i utvärderingen tillämpat skall-kravet på så sätt att anbudsgivare ska bifoga en lista på möjliga leveransställen. SLL har även i yttrande till förvaltningsrätten anfört att det endast är en samlad beskrivning av hur anbudsgivare avser att planera och utföra leveranserna av doserna som efterfrågas. Därtill framgår det av handlingarna i målet att bolaget valt att inte ge in en samlad plan över leveranser och leveransställen tillsammans med anbudet, utan istället uppgett att denna skulle presenteras och stämmas av med SLL i god tid före driftstart. Enligt SLL har bolaget således uteslutits på den grunden att en sådan samlad plan inte gavs in tillsammans med anbudet. Förvaltningsrätten anser därför att bolaget inte kan anses ha visat att SLL tillämpat skall-kravet på ett sådant sätt som nu görs gällande.

Proportionalitets- och likabehandlingsprincipen

LOU innehåller inte någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas förmåga eller vilka krav som får ställas på tjänsten. En begränsning är emellertid att den upphandlande myndigheten ska iaktta proportionalitetsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU.

Frågan i denna del är om det av SLL uppställda skall-kravet ”samlad plan” över leverans och leveransställen är oproportionerlig. Bolaget har anfört att skall-kravet varken är nödvändigt eller lämpligt för att säkerställa att anbudsgivarna kan genomföra upphandlingskontraktet eller för att uppnå syftet med upphandlingen eftersom en lista över potentiella leveransställen på aktuell ort inte säger något om leverantörens möjlighet att i framtiden använda dessa för leveranser inom ramen för den upphandlade tjänsten. Bolaget har vidare uppgett att det får anses oproportionerligt att kräva att anbudsgivarna i sin leveransplan lämnar in en lista över potentiella leveransställen. Förvaltningsrätten konstaterar att något skall-krav på lista över potentiella leveransställen inte har ställts upp av den upphandlande myn-

digheten i förfrågningsunderlaget. Bolaget har därför inte visat att det uppställda skall-kravet är oproportionerligt. Inte heller har framkommit att tillämpningen av kravet strider mot likabehandlingsprincip, mot LOU eller övriga bakomliggande EU-rättsliga principer.

Uppfyllandet av skall-krav

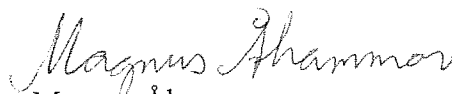
Ett anbud som inte uppfyller samtliga s.k. skall-krav får inte antas, eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare (jfr t.ex. mål C-243/89, kommissionen mot Danmark).

Bolaget har anfört att Apoteket AB inte kan anses uppfylla samtliga skallkrav. Bolaget har dock inte visat att antaget anbud inte uppfyller samtliga skallkrav. Bolaget har därmed inte visat att SLL har brutit mot LOU eller de unionsrättsliga principerna, varför inte heller denna åberopad grund föranleder något ingripande med stöd av LOU.

Sammanfattning

Med hänsyn till ovan anförda finner förvaltningsrätten att det utifrån bolagets argumentation i målet inte är visat att SLL vid den aktuella upphandlingen brutit mot bestämmelserna i LOU eller övriga bakomliggande EU-rättsliga principer. Ansökan ska därför avslås.

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


Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Ida Nordholm.



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 vartill 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 uppge 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