



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

BESLUT
2015-09-17
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4850-14
3235-15

SÖKANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
181 85 Lidingö

Ombud: Advokat Einar Wanhainen och Jur. kand. Anna Hichens
Bergström
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Kriminalvården
Slottsgatan 78
601 80 Norrköping

Ombud: Advokaterna Max Björkbom och Anthony Krystek
Hökerberg & Söderqvist Advokatbyrå KB
Box 7836
103 98 Stockholm

2. Svensk Dos AB, 556869-9143
Rapskatan 25
754 50 Uppsala

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU; nu
fråga om avvisning

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BESLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om avvisning av bevisning.

Förvaltningsrätten avvisar ansökningarna om överprövning som för sent
inkomna.

KONKURRENSVERKET	
2015 -09- 1 7	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 186868

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kriminalvården genomförde under 2013 en upphandling av ramavtal för avrop av dosdispenserade läkemedel, dnr 59-2012-19374. Upphandlingen genomfördes som öppet förfarande enligt LOU. Vid anbudstidens utgång hade ett anbud inkommit från Svensk Dos AB (Svensk Dos). Efter kvalificering och utvärdering beslutade Kriminalvården den 14 maj 2013 att anta anbudet från Svensk Dos. Avtal avseende den upphandlade tjänsten skrevs under av Kriminalvården den 8 juli 2013 och av Svensk Dos den 10 juli 2013. Avtalet gäller från och med den 1 januari 2014 och till och med den 31 december 2015 med option för förlängning med upp till 24 månader. Kriminalvården har den 4 mars 2015 beslutat att förlänga avtalet till och med den 31 oktober 2017.

Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att såväl avtalet som slöts den 10 juli 2013 som förlängningen den 4 mars 2015 är ogiltiga. Apotekstjänst yrkar därutöver att förvaltningsrätten ska avvisa vittnesattester som Kriminalvården ingett som bevisning i målet med motiveringen att dessa utgör en överflödigt utredning.

Kriminalvården och Svensk Dos anser att ansökningarna i första hand ska avvisas och i andra hand avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Apotekstjänst

Apotekstjänst är ett bolag som ingår i en koncern med lång erfarenhet av logistikverksamhet. Då Apotekstjänst hade för avsikt att utvidga sin verksamhet blev bolaget intresserat av Kriminalvårdens anbudsinvitan till den nu aktuella upphandlingen. Apotekstjänst ställde sig emellertid frågande

till Kriminalvårdens förfrågningsunderlag då bolaget ansåg att det fanns vissa oklarheter i detta avseende prissättningen av tjänsten som skulle utföras. I upphandlingen gav nämligen Kriminalvården bilden av att det fanns ett antal grundtjänster och ett antal tilläggstjänster samt att anbudsgivarna inte fick prissätta grundtjänsterna utan endast tilläggstjänsterna.

I upphandlingen ställdes ett flertal förtydligande frågor på vilka Kriminalvården lämnade svar. Av svaren på frågor 5 och 11 framgår bl.a. att Kriminalvården förutsatte att kostnadstäckning för normalleverans (inklusive dosdispensering m.m.) skulle uppnås enbart via läkemedelsmarginalen. Med andra ord innebar det att det var ett krav för att kunna avge anbud att anbudsgivaren inte förbehöll sig rätt till ersättning för normalleveranser. Mot bakgrund av att någon ersättning inte skulle utgå för normalleverans och då Apotekstjänst utgick från att de leveranser som skulle förekomma i allt väsentligt avsåg normalleveranser bedömde Apotekstjänst att det inte fanns skäl att lämna ett anbud eftersom det då var osäkert om en vunnen upphandling skulle vara tillräckligt lönsam för att motivera ett anbud.

Kriminalvården försöker i sin beskrivning av förutsättningarna för upphandlingen måla upp en bild av att förfrågningsunderlaget ska förstås så att det i själva verket var så att med direktleverans i prisbilagan avsågs leverans av dosdispenserade läkemedel och att denna typ av leveranser skulle ha prissatts av de som deltog i upphandlingen. Av de frågor som har ställts i upphandlingen och de svar som Kriminalvården givit är det dock tydligt att så inte är fallet. Kriminalvården har bl.a. bekräftat att normalleverans inkl. emballage till beställande enhet, dosdispensering, ordinarie kvalitetsgranskning och statistik skulle ingå i priset för läkemedel och övriga varor och att kostnadstäckning för normalleverans (inkl. dosdispensering) således enbart skulle uppnås via läkemedelsmarginalen. Apotekstjänst har mot denna bakgrund utgått från att den i allt övervägande delen av leveranserna var normalleveranser som skulle ersättas genom läkemedelsmarginalen.

Om inte leverans av dosdispenserade läkemedel ansågs vara en normalleverans skulle Kriminalvården inte lämnat dessa svar på frågorna. Att det inte är Kriminalvården som själv har använt begreppet normalleverans i förfrågningsunderlaget är irrelevant då Kriminalvården i vart fall måste ha insett att såväl Apotekstjänst som Apoteket hade uppfattat att någon ersättning inte skulle utgå för den allra största delen av leveranserna. Oavsett hur Kriminalvården uppfattat de ställda frågorna, framstår det för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör som klart och tydligt att någon sådan ersättning inte skulle utgå.

Vad gäller det förtydligande från Svensk Dos som Kriminalvården gjort gällande har varit en del av anbudet vidhåller Apotekstjänst att den måste ha lämnats in vid senare tillfälle då det som anförs i skrivelsen är oförenligt med vad Apoteket anförde i sitt brev till Kriminalvården den 23 mars 2013 som Kriminalvården inte besvarade. Även om Apotekstjänst skulle ha tagit del av förtydligandet i samband med att anbudet ingavs hade det, mot bakgrund av Kriminalvårdens svar i upphandlingen, inte ändrat Apotekstjänsts uppfattning om innebörden av förfrågningsunderlaget beträffande ersättning för normalleveranser.

Kriminalvården påstår att det skulle vara en skillnad på en normal leverans särskrivet och en normalleverans. Enligt Apotekstjänsts uppfattning ligger det emellertid i ordet normalleverans att det också är fråga om en normal leverans. Det hade ålegat Kriminalvården att tydliggöra om myndigheten ansåg att normalleveranser inte var normala leveranser. Av förfrågningsunderlaget och Kriminalvårdens förtydligande svar är det också tydligt att direktleverans är något annat än en normal leverans. Kriminalvården har också bekräftat att normalleveranser tillhör grundtjänsterna och huvuddelen av kontraktet som anbudsgivarna inte får prissätta.

Kriminalvården påstår vidare att leverans enligt avtalet ska ske vid olika

klockslag till olika verksamhetsställen men att ersättning alltid ska lämnas som om leverans skett senast kl. 12.00. Detta kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget. Istället är det tydligt av förfrågningsunderlaget och Kriminalvårdens förtydligande svar att direktleverans är en tilläggstjänst, utöver grundtjänsterna, och att direktleverans förutsätter att leverans sker till respektive häkte/anstalt senast kl. 12.00. Det framgår däremot inte att en leverantör ska få ersättning när leveranser inte sker senast kl. 12.00 och det således endast är fråga om en normalleverans. Kriminalvården hänvisar till att det av bilaga 2 till upphandlingskontraktet i förfrågningsunderlaget skulle framgå att varje leverans ska räknas som om den skett senast kl. 12.00 och att samtliga leveranser därmed ska räknas som direktleveranser. Detta är felaktigt. Hade Kriminalvården haft för avsikt att utge ersättning för alla leveranser borde myndigheten utöver att ha låtit det framgå av förfrågningsunderlaget även ha förtydligat det i sina svar till de frågor som ställdes.

Apotekstjänst, som redan från början ifrågasatte att det skulle vara möjligt att leverera tjänsten till Kriminalvården utan någon ersättning för normalleveranser utöver läkemedelsmarginalen, har fått del av Svensk Dos fakturor till Kriminalvården. Apotekstjänst kan inte tolka siffrorna på annat sätt än att Svensk Dos debiterar 5,49 kr per dospatient och dygn för samtliga leveranser till Kriminalvården, oavsett leveranstid, alternativt att Kriminalvården lägger samtliga eller huvuddelen av leveranserna före kl. 12.00. Kriminalvården har i ett postmeddelande den 8 juli 2014 bekräftat att Svensk Dos får ersättning för normalleveranser med 5,49 kr.

En förutsättning i Kriminalvårdens annonserade upphandling var att leverantören inte fick debitera något för de utförda normalleveranser, utan kostnadstäckningen skulle uppnås enbart via läkemedelsmarginalen. Ersättningen till Svensk Dos strider mot de i förfrågningsunderlaget angivna upphandlingsförutsättningarna. Kriminalvårdens avtal med Svensk Dos har

således under avtalstiden genomgått väsentliga förändringar i förhållande till det avtal som annonserades i upphandlingen. I och med det tillämpade avtalet har den ekonomiska jämvikten ändrats till förmån för Svensk Dos på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga upphandlingskontraktet. Det avtal som faktiskt tillämpas för tjänsten måste vara ett likställt med ett nytt avtal. Avtalet har uppkommit genom att Kriminalvården konkluderat genom att betala Svensk Dos fakturor accepterat att betala för normalleveranser, något som enligt förfrågningsunderlaget skulle utföras utan ersättning. Apotekstjänst angriper således inte det ursprungliga avtalet utan det nya avtal som uppstått genom väsentliga ändringar av det ursprungliga avtalet.

Den relevanta rättshandlingen för Svensk Dos rätt till att få ersättning för normalleverans, såsom dessa vore direktleveranser, är således när Kriminalvården accepterar att betala Svensk Dos utställda fakturor, dvs. den 24 mars 2014. Innan dessa rättshandlingar sker har Svensk Dos ingen rätt till ersättning i enlighet med de utställda fakturorna. Det är först då som Kriminalvården accepterar att prisbestämmelserna ska få ett nytt innehåll som avviker från det annonserade och undertecknade avtalet. Då det nya avtalet inte har föregåtts av en annonserad upphandling måste Kriminalvården därför anses ha gjort en otillåten direktupphandling. Eftersom Apotekstjänsts ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten den 9 juli 2014 har den skett i rätt tid.

Även om tidpunkten för det nya avtalets ingående de facto skulle inträffa tidigare än då Kriminalvården accepterat att betala de av Svensk Dos utställda fakturor, har ansökan ändå gjorts i rätt tid. Av EU-domstolens avgörande i mål C-406/08, s.k. Uniplex-målet, framgår att fristen för att ansöka om prövning i syfte att fastställa att det har skett en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling ska räknas från och med den dag som sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om över-

trädelser. Något annat synsätt skulle medföra att en upphandlande myndighet närmast riskfritt skulle kunna genomföra otillåtna direktupphandlingar, t.ex. genom att konkludent företa väsentliga förändringar av ett ingånget avtal, utan att detta dokumenteras eller på annat sätt synliggörs utåt för klagoberättigade parter, vilka följaktligen skulle försitta sexmånadersfristen. Därmed skulle syftet med överprövning av avtals giltighet helt åsidosättas. Apotekstjänst har fått kännedom om överträdelserna först då Kriminalvården betalat av Svensk Dos utställda fakturor. Det är således från denna tidpunkt som sexmånadersfristen ska räknas.

Eftersom det ursprungliga och tecknade avtalet inte tillämpas har Kriminalvården inte haft rätt att förlänga avtalet. Kriminalvårdens beslut den 4 mars 2015 att förlänga avtalet med Svensk Dos med "oförändrade villkor" är således att likställa med ett nytt avtal, eftersom det på samma sätt som det tillämpade avtalet skiljer sig från det upphandlade avtalet på så sätt att det nya avtalet har genomgått väsentliga förändringar i förhållande till det avtal som annonserades i upphandlingen. I och med det nya avtalet har den ekonomiska jämvikten ändrats till förmån för Svensk Dos på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga upphandlingskontraktet. Förlängningen av avtalet är således en följd av en otillåten direktupphandling och ska därför också ogiltigförklaras.

Kriminalvården

Frågan huruvida ansökan om överprövning gjorts i tid

Enligt 16 kap. 17 § LOU ska ansökan om ogiltigförklaring av avtal ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtal slöts. Avtalet undertecknades av Kriminalvården den 8 juli 2013 och av Svensk Dos den 10 juli 2013. Avtalet började tillämpas den 1 januari 2014, eftersom det är denna dag som Svensk Dos, enligt avtalet, övertagit ansvaret

för Kriminalvårdens läkemedelsförsörjning. Svensk Dos fakturerade Kriminalvården första gången den 18 februari 2014 och betalningen kom Svensk Dos till handa den 24 mars 2014.

Kriminalvården konstaterar, att rättshandlingen betalning endast utgör en reglering av en skuld, i detta fall motsvarande den avtalsenliga fordran som uppkommit som en följd av att Svensk Dos fullgjort sin avtalsenliga leveransförpliktelse. Såväl leverans som betalning utgör fullgörande av avtalade förpliktelser, vilket är något annat än slutande av avtal. Kriminalvården och Svensk Dos har varit överens om såväl betalning som övriga avtalsvillkor långt före det att avtalet mellan dem börjat tillämpas. Apotekstjänsts ansökan inkom till förvaltningsrätten den 9 juli 2014, det vill säga mer än sex månader efter det att avtal tecknats.

Sammanfattningsvis gör Kriminalvården gällande att även om förvaltningsrätten skulle godta Apotekstjänsts påståenden att det föreligger avvikelser mellan det avtal som annonserades i upphandlingen och det avtal som faktiskt tillämpas av sådan dignitet att det tillämpade avtalet måste likställas med ett nytt avtal, att den tidpunkt då detta avtal börjar tillämpas ska anses utgöra den tidpunkt då avtalet slutits enligt 16 kap. 17 § LOU, så har ansökan om överprövning kommit in efter utgången av sexmånadersfristen och ska därmed avvisas.

Beträffande Apotekstjänsts påstående att bolaget fått, eller borde ha fått, kännedom om den påstådda överträdelsen först i samband med att Kriminalvården betalat Svensk Dos faktura för första gången, vill Kriminalvården anföra följande. Det saknas anledning till att utgångspunkten för beräkningen av fristen ska vara dagen för betalning. Det finns normalt sett ingenting som talar för att en leverantör skulle få, eller borde ha fått, kännedom om en betalning av en faktura enligt ett ingånget avtal. Även om Apotekstjänst fått kännedom om betalningen i samband med att den ägde

rum, följer inte härav att Apotekstjänst fått, eller borde fått, kännedom om den påstådda ändringen i avtalet, eller det påstådda nya avtalet.

Av större intresse är emellertid frågan när Apotekstjänst borde ha fått kännedom om det påstått ändrade avtalet. Kriminalvården gör här gällande att om Apotekstjänsts påstående om ett nytt avtal godtas av rätten, så återspeglas avtalet så som det faktiskt tillämpats vid en genomläsning av förfrågningsunderlaget, upphandlingsrapporten och Svensk Dos anbud. Som Svensk Dos angett har Apotekstjänst haft möjlighet att begära ut samtliga dessa handlingar redan under den avtalsspärrperiod som löper från tilldelningsbeslutet, dvs. innan det att det skriftliga avtalet ingicks mellan Svensk Dos och Kriminalvården. Att begära ut handlingarna framstår också som näraliggande med hänsyn till det stora intresse som Apotekstjänst ägnat den aktuella upphandlingen.

Kriminalvården gör mot denna bakgrund gällande att Apotekstjänst borde ha fått kännedom om den påstådda överträdelsen senast vid tidpunkten för avtalets tecknande, dvs. under juli månad 2013. Vid angivet förhållande har begäran om överprövning inkommit för sent och ska avvisas utan prövning i sak.

Frågan huruvida väsentlig ändring av avtalet skett

Kriminalvården förnekar att det i förfrågningsunderlaget skulle ha gjorts någon uppdelning i grund- och tilläggstjänster. Den leverantör som ställt fråga 17 har av oklar anledning gjort en uppdelning i grund- och tilläggstjänster i delfrågorna 3 och 4. Det är korrekt att Kriminalvården angivit att man inte haft intresse av separata priser på de olika beståndsdelarna i tjänsten utan att Kriminalvården önskat ett pris på helheten.

Begreppet "normalleverans" används inte i förfrågningsunderlaget. I likhet med vad som är fallet med begreppen grund- och tilläggstjänster har det introducerats i frågor (frågorna 11 och 17, delfråga 2). Frågeställaren hänvisar till punkt 10.3 i avtalet som innehåller allmänna villkor om leveranstid och har synbarligen dragit slutsatsen att det som anges i punkten 10.3 utgör någon form av ytterligare leveransalternativ parallellt med de som anges i prisbilagan, vilket inte är riktigt.

Kriminalvården kan inte heller se att vare sig de ställda frågorna eller svaren ger något som helst underlag för slutsatsen att den i allt övervägande delen av leveranserna var "normalleveranser". I punkt 10.1 i avtalet anges att avtalade priser och leveransvarianter anges i prisbilagan, bilaga 1 till upphandlingskontraktet. De leveransalternativ som anges där är direktleverans och expressleverans. Något stöd för att de allmänna villkor gällande leveranstider mm. som anges i punkt 10.3 skulle utgöra en särskild leveransvariant "normalleverans" utöver de som anges i prisbilagan, finns inte i avtalet. I sammanhanget kan noteras, att en leverantör i fråga 17, delfråga 2, frågat hur direktleverans förhåller sig till "normalleverans". Eftersom direktleverans är den normala leveransformen, har Kriminalvården svarat att man inte förstår frågan.

Av avtalets punkter 6 och 7, liksom av bilaga 2 till avtalet, framgår att avtalet bygger på att samtliga lokala verksamhetsställen har rätt att avropa tjänster under avtalet. I bilaga 2 regleras särskilt vad som gäller för dosdispenserade läkemedel, bl.a. att lokala skriftliga överenskommelser ska finnas för varje verksamhetsställe angående stopp- och leveranstider. Uppgiften i prisbilagan om direktleverans senast kl. 12.00 är således endast avsedd att ge underlag för en enhetlig och jämförbar prissättning. De faktiska leveranstiderna ska däremot överenskommas särskilt med respektive verksamhetsställe och dess förläggning styrs av logistiska och praktiska överväganden, bl.a. vilka transportturer som finns att tillgå på de olika orterna.

Det är inte så att det regelmässigt utgör en fördel att leveransen fullgörs så sent som möjligt. Ersättningen för de olika slagen av leveranser (direkt- respektive expressleverans) är densamma oavsett vid vilket klockslag leveransen sker.

Svensk Dos anbud har getts in såväl i pappersform som elektroniskt och omfattar samtliga ingivna handlingar inklusive det förtydligande från Svensk Dos som avser tolkningen av direktleverans som var bilaga 3 till anbudet. Det ingångna avtalet mellan Kriminalvården och Svensk Dos skiljer sig således inte från det upphandlade avtalet. Något nytt avtal på det sätt som Apotekstjänst gjort gällande har inte kommit till stånd.

Kriminalvården till styrkande av sin talan i målet ingett tre vittnesattester från Maria Hägerstrand och Kerstin Hivieback från Kriminalvården samt från Stefan Krisch, VD på Svensk Dos.

Förlängningen av avtalet

Den 4 mars 2015 förlängde Kriminalvården avtalet med Svensk Dos med oförändrade villkor. Förlängningen skedde i enlighet med det ingångna avtalet. Då det ingångna avtalet förlängts på oförändrade villkor, kan det inte likställas med ett nytt avtal. Krav på annonsering har därmed inte förelagat och någon otillåten direktupphandling har således inte skett. Det saknas därför grund för att ogiltigförklara såväl det ingångna avtalet som förlängningen av det.

Svensk Dos

Av avsnitt 2.7 i Anbudsinbjudan framgår att anbudsgivare till sitt anbud har haft att bifoga komplett ifyllt prisformulär. Vidare följer av det avtal som bilagts Anbudsinbjudan att ersättning till antagen leverantör ska utgå

dels i enlighet med av TLV fastställd prislista, dels genom övrig ersättning som framgår av bilaga 1. Under frågor- och svarsperioden för upphandlingen ställdes i detta avseende ett flertal frågor kring formen för ersättningen såsom den framkom av till Anbudsinbjudan bifogat avtal respektive prisbilaga. Av Kriminalvårdens svar på de frågor som ställdes framkom bl.a. att, vad gäller kostnad för dosdispensering och kvalitetsgranskning, ska sådana kostnader räknas in i priset för leverans. Vidare framkom av Kriminalvårdens svar att prisbilagan inte avsåg att korrigeras med anledning av de frågor som ställts. Genom svar på fråga 17 punkten 7 uppgavs att Kriminalvården inte hade några åsikter kring anbudsgivares kalkyler utan önskade ett pris för helheten.

Svensk Dos har till sitt anbud bifogat komplett ifylld prisbilaga. Av den framkommer att Svensk Dos anbudspris för direktleverans till respektive häkte/anstalt senast klockan 12.00 och expressleverans till respektive häkte/anstalt senast klockan 09:00 uppgår till 2 004 respektive 1 450 kr.

Med anledning av de frågor och svar som förekom ingav Svensk Dos som bilaga 3 till sitt anbud ett förtydligande. Av förtydligandet framkommer att Svensk Dos upplevt att det förekommit oklarheter i upphandlingen beträffande vad som omfattats av begreppet direktleverans. I detta avseende önskade Svensk Dos genom förtydligandet tydliggöra för Kriminalvården vad Svensk Dos i sitt anbud lagt in i begreppet. Av förtydligandet framkommer att Svensk Dos tolkat förfrågningsunderlaget på så sätt att direktleverans avser den "dospeng" som finns i landstingsavtalen kring dos, dvs. att kostnaden baseras på en avgift per patient och dosdygn. Svensk Dos tydliggjorde i denna del att i det i bolagets pris för direktleverans ingår:

Dosdispensering

- Normalleverans av läkemedel, det vill säga att avrop av läkemedel ska kunna ske fortlöpande och vara respektive verksamhetsställe tillhanda senast två dagar efter mottagen beställning,
- Ordinarie kvalitetsgranskning

- Statistik

Vidare framkommer av Svensk Dos förtydligande att Svensk Dos har räknat med en "dospeng" på 5,49 kr, vilket ger en årlig avgift per patient på 2 004 kr och att denna summa förts in under "direktleverans" i prisbilagan.

Den 14 maj 2013 begärde Kriminalvården ett förtydligande av Svensk Dos anbud. Av begäran framkom att Kriminalvården önskade att Svensk Dos även skulle ange dygnskostnad gånger leveranstiden. Samma dag inkom Svensk Dos med begärt förtydligande där det anges "*Som vi förstått det är den normala leveranstiden var sjunde dag. Vi har byggt vårt pris på en så kallad dospeng (det vill säga en dygnskostnad per dygn som klienten har dostjänsten). Denna dospeng är i vårt anbud 5,49 kr. Det pris ni efterfrågar blir därmed 7*5,49, det vill säga 38,43 kr*". Kriminalvården antog Svensk Dos anbud i den form och med de tillägg som framkommit ovan.

Av avtalet framkommer i avsnitt 17.1 att avtalad ersättning lämnas enligt av TLV fastställd prislista samt att övrig ersättning framgår av bilaga 1 till avtalet. Av bilaga 1 framkommer att Svensk Dos ska erhålla ersättning med 5,49 kr/dospatient/dygn för direktleverans till respektive häkte/anstalt senast kl. 12:00. Svensk Dos och Kriminalvården har, mot bakgrund av Svensk Dos anbud och efterföljande förtydliganden, varit i samförstånd om vad som avses med direktleverans och för vilka tjänster ersättning ska utgå enligt angivet pris i bilaga 1 till avtalet. Denna ersättning har Svensk Dos även fakturerat Kriminalvården vid utförandet av tjänsten.

Svensk Dos och Kriminalvården var vid avtalstecknandet överens om innebörden av den ersättning som framkommer av bilaga 1, dvs. att ersättningen till Svensk Dos skulle uppgå till den ersättning som Svensk Dos specificerat och förtydligat i sitt anbud och även efter begäran från Kriminalvården förtydligat genom e-post.

Apotekstjänst har i målet framhållit att förfrågningsunderlaget i upphandlingen varit otydligt vad gäller den ersättning som tillhandahålls vinnande leverantör. Apotekstjänst har i detta avseende även ifrågasatt Kriminalvårdens upphandlingsrapport och Svensk Dos anbud. Svensk Dos vill poängtera att Apotekstjänst har haft möjlighet att under den avtalsspärrperiod som löpte från tilldelningsbeslutet begära överprövning av upphandlingen som sådan eller Kriminalvårdens tilldelningsbeslut. Denna möjlighet har dock Apotekstjänst inte utnyttjat. I enlighet med 16 kap. 6 § LOU kan Apotekstjänst i efterhand varken angripa upphandlingen, tilldelningsbeslutet eller Svensk Dos anbud.

Hade Apotekstjänst begärt ut och analyserat samtliga ovan nämnda handlingar, särskilt Svensk Dos anbud inklusive nämnda förtydliganden, hade Apotekstjänst förstått innebörden av den i avtalet reglerade ersättningen. I det fall Apotekstjänst under dessa omständigheter ansett att avtalet, och då särskilt den överenskommelse om ersättning som träffats mellan Svensk Dos och Kriminalvården, inneburit ett fränsteg från förfrågningsunderlaget och Svensk Dos anbud, har Apotekstjänst haft möjlighet att begära överprövning av giltigheten av avtalet inom sex månader efter att detsamma slutits. Apotekstjänst kan inte efter denna period göra gällande att det föreligger väsentliga skillnader mellan genomförd upphandling och avtalet som föranleder att avtalet ska anses som ett nytt avtal. Apotekstjänst begäran om överprövning inkom till förvaltningsrätten mer än ett år efter det att avtalet ingåtts mellan Svensk Dos och Kriminalvården. Apotekstjänst har således valt att inte utnyttja denna möjlighet inom den tidfrist som stadgas i 16 kap. 17 § LOU, varför Apotekstjänsts talan ska avvisas.

Det ska även framhållas att huruvida Apotekstjänst vid tiden för avtalsingående och överenskommelse mellan Svensk Dos och Kriminalvården haft kännedom om innebörden av avtalad och överenskommen ersättning, saknar betydelse för tiden för talans väckande. Det saknar därmed även

betydelse hur Apotekstjänst uppfattat och tolkat både upphandlingen och det efterföljande avtalet mellan Svensk Dos och Kriminalvården. I sammanhanget ska även uppmärksammas att en överenskommelse inte behöver vara skriftlig eller underrättas till andra för att ses som uppnådd och därmed ligga till grund för bedömningen om huruvida sexmånadersfristen för överprövning är uppnådd. Det är den civilrättsliga avtalsbundenheten som utlöser den sexmånadersfrist som stadgas i 16 kap. 17 § LOU. Denna har vad gäller ersättning för utförda tjänster under avtalet uppkommit vid avtalstecknande och varit Svensk Dos och Kriminalvårdens gemensamma partsavsikt vid ingående av avtalet. Av detta följer även att Svensk Dos fakturering eller utförande av uppdraget på inget sätt inneburit en väsentlig förändring i förhållande till Svensk Dos och Kriminalvårdens ursprungliga överenskommelse och avtalet.

Mot bakgrund av ovan ska utgångspunkten för beräkning av sexmånadersfristen fastställas till juli 2013, eller i vart fall tiden för avtalets ikraftträdande, dvs. den 1 januari 2014. Oavsett vilket av nämnda datum som ska ligga till grund för beräkning av sexmånadersfristen har Apotekstjänst begäran om ogiltighet av avtalet inkommit för sent och ska därför avvisas.

UTREDNINGEN

Förslag på upphandlingskontrakt

Av det förslag på avtal som hör till förfrågningsunderlaget för upphandlingen framgår bl.a. följande.

1.3 Omfattning

Detta avtal inklusive bilagor reglerar Leverantörens leverans av läkemedel, dosförpackade läkemedel, kvalitetsgranskning, särskild narkotikakontroll, statistik, retur av läkemedel obrutna förpackningar samt destruktions av läkemedel (Tjänsten).

1.4 Avtalstid

Detta avtal gäller från och med den 1 januari 2014 till och med den 31 december 2015.

10.1 Allmänt

Avtalade priser och leveransvarianter anges i bilaga 1.

10.3 Leveranstid

Avrop av läkemedel ska kunna ske fortlöpande och vara respektive verksamhetsställe tillhanda senast två vardagar efter mottagen beställning.

Leverans ska ske minst en gång per vecka.

Leverans ska ske vardagar mellan 07.00 och 16.00 om inte annat skriftligen överenskommits.

17.1 Ersättning

Avtalad ersättning lämnas enligt av TLV fastställd prislista. Övrig ersättning framgår av bilaga 1.

Bilaga 1 till förslaget – Prisformulär-Läkemedel

Kategori	Anbudspris (SEK) exklusive moms	Uppräkningsfaktor
Direktleverans till respektive häkte/anstalt senast kl. 12.00	0	850
Expressleverans till respektive häkte/anstalt senast kl. 09.00	0	425
Särskild kontroll för narkotikahantering	0	50
Avfallslåda avsedd för kasserade läkemedel	0	85
Boxar avsedda för Apodosrullar	0	100
Totalt anbudspris	0	

Frågor och svar i upphandlingen

I upphandlingen ställdes ett antal frågor som Kriminalvården besvarade.

Såvitt nu är av intresse har följande frågor ställts och besvarats i upphandlingen.

Fråga 1

Avtal

6. I pkt 17.1 Ersättning anges att avtalad ersättning lämnas av TLV fastställd prislista. Är det fastställt utförsäljningspris på läkemedel som avses? TLV fastställer endast priser för läkemedel och förbrukningshjälpmedel

inom läkemedelsförmånen. Innebär detta att anbudsgivaren kan prissätta övriga varor utanför förmånen fritt, till ordinarie listpris eller på annat sätt? Här sägs också att övrig ersättning framgår av bilaga 1, men i denna bilaga efterfrågas varken pris på dosdispenseringstjänsten eller på kvalitetsgranskning trots att båda dessa tjänster uppenbarligen omfattas av upphandlingen. Totalt anbudspris beräknas istället på direktleveranser m.m. som utgör en mindre del av vad upphandlingen omfattar. Vi yrkar på att upphandlande myndighet reviderar prisbilagan så att den svarar mot upphandlat uppdrag.

Svar 1:

Avtal

5. Kriminalvården förstår inte första delen av frågan. Vad gäller kostnad för dosdispenseringstjänsten och kvalitetsgranskningen, ska dessa räknas in i priset för leverans.

Fråga 5

Vi efterfrågar fortfarande svar på våra frågor

1. Vad avses med ersättning enligt av TLV fastställd prislista? Är det av TLV fastställt utförsäljningspris för förmånsvaror?

2. Gäller fri prissättning för varor utanför förmånen dvs. för varor där TLV inte fastställer något pris?

3. Vi uppfattar ert svar att Bilaga 2, Prisformulär inte kommer att ändras som att normalleverans inkl. emballage till beställande enhet (pkt 10.3 i ramavtalet), dosdispensering, ordinarie kvalitetsgranskning (ej särskild narkotikakontroll) samt statistik ska ingå i priset för läkemedel och övriga varor. Är detta korrekt uppfattat?

4. Vi uppfattar tillika ert svar som att anbudsutvärdering kommer att ske mot Totalt anbudspris enligt bilaga 2 Prisformulär. Är detta korrekt uppfattat?

[...]

Vi önskar också en förklaring till vad som skiljer Bilaga 1 till ramavtalet, Avtalade priser, från Bilaga 2, Prisformulär

Svar 5: 1. Ja

2. Ja

3. Ja

4. Ja

[...]

Bilaga 2 Prisformulär till förfrågningsunderlaget kommer i bilaga 1 att bli avtalade priser i kommande ramavtal.

Fråga 11

Vi har i tidigare frågor och svar uppfattat att Prisformuläret inte kommer att ändras för att även täcka in priset för normalleverans (inklusive dosdispensering m.m.). Var har Kriminalvården i så fall tänkt sig att denna information ska anges, eller är det så att det förutsätts att kostnadstäck-

ningen för normalleverans (inklusive dosdispensering m.m.) ska uppnås enbart via läkemedelsmarginalen?

Svar 11: Ja

Fråga 17

1. Vad avses med direktleverans som ska prissättas enligt prisbilagan (bilaga 2)?
2. Hur förhåller sig direktleveranser som ska prissättas i prisbilagan (bilaga 2) till normalleverans som efterfrågas i Ramavtalet 10.3 Leveranstid?
3. Är det riktigt uppfattat att Kriminalvården efterfrågar följande grundtjänster i upphandlingen: (a) normalleverans av läkemedel, (b) akutleverans av läkemedel från närliggande apotek, (c) ordinarie kvalitetsgranskning, (c dosdispensering och (e) statistik?
4. Är det riktigt uppfattat att Kriminalvården efterfrågar följande tilläggtjänster: (i) direktleverans till respektive häkte/anstalt, (ii) expressleverans till respektive häkte/anstalt, (iii) särskild kontroll för narkotikahantering, (iv) avfallslåda avsedd för kasserade läkemedel och (v) boxar avsedda för Apodosrullar?
5. Är det riktigt uppfattat att anbudsgivarna ges möjlighet att erbjuda pris för tilläggtjänsterna (i)-(v) i prisbilagan (bilaga 2)?
6. Är det riktigt uppfattat att anbudsgivarna inte får prissätta grundtjänsterna (a)-(e) som redogjorts för i fråga 3 (dvs. huvuddelen av kontraktet) i prisbilagan (bilaga 2)?
7. Är det korrekt uppfattat att Kriminalvården menar att anbudsgivarna ska finansiera tillhandahållandet av grundtjänsterna (a)-(e) som redogjorts för i fråga 3 genom att pressa sin egen läkemedelsmarginal?

- Svar 17:**
1. Leverans direkt till verksamhetsstället av beställda produkter.
 2. Kriminalvården förstår inte frågan.
 3. Ja
 4. Ja
 5. Ja
 6. Ja
 7. Kriminalvården har inte åsikter om anbudsgivarens kalkyl, utan vill ha ett pris för helheten.

Förtydligande från Svensk Dos

Med anledning av de svar som gavs i dokumentet "Svar på frågor 130322" upplever vi att det råder oklarhet om vad begreppet direktleverans står för. Vi vill därför tydliggöra vad vi lagt in i begreppet. Vi har tolkat det som att det ni vill ha pris på under begreppet direktleverans är en motsvarighet till den "dospeng" som finns i landstingsavtalen kring dos, det vill säga en kostnad per patient och dosdygn och att denna

kostnad gäller samtliga patienter som får dosdispenserade läkemedel. I detta pris ingår:

- Dosdispensering*
- Normalleverans av läkemedel, det vill säga att avrop av läkemedel skall kunna ske fortlöpande och vara respektive verksamhetsställe tillhanda senast två vardagar efter mottagen beställning,*
- Ordinarie kvalitetsgranskning*
- Statistik*

Gällande ordinarie kvalitetsgranskning ingår utförande, dock ej resor.

Vi tolkar att ni med Expressleveranser avser dosdispenserade läkemedel som skall beställas av Kriminalvårdens avropare senast kl. 13 på vardagar och levereras senast nästkommande vardag i enlighet med vad som framkom i frågor och svar processen. I pris bilagan har därför angetts styckpris för sådan leverans.

Skulle något av det ovanstående vara felaktigt hoppas vi på möjligheten att korrigera detta.

SKÄLEN FÖR BESLUTET

Yrkandet om avvisning av bevisning

Apotekstjänst har begärt att förvaltningsrätten i enlighet med 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska avvisa de vittnesattester som Kriminalvården ingett som skriftlig bevisning i målet då dessa utgör en överflödig utredning.

Förvaltningsrätten finner i aktuellt avseende följande. Även om rätten ytterst har ansvaret för att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver ankommer det i första hand på parterna att skaffa fram utredning i målet. Dock ges rätten möjlighet att med stöd av 8 § förvaltningsprocesslagen avvisa sådan utredning som rätten finner överflödig. Det är emellertid enligt förarbetena (se prop. 1971:30 del 2 s. 529 f.) knappast aktuellt att avvisa skriftlig utredning som part sänder in till domstolen. Bestämmelsen om rättens möjlighet att avvisa bevisning tar således i första hand sikte på muntlig bevisning, innan den kommit rätten tillhanda. Rätten har inte heller någon möjlighet att återsända en skriftlig handling som part givit in i må-

let. Med hänsyn härtill kan de av Kriminalvården ingivna vittensattesterna inte avvisas, varför yrkandet härom ska avslås.

Ansökningarna om överprövning

Förvaltningsrätten har i målet inledningsvis att ta ställning till om Apotekstjänst ansökningar om överprövning har kommit in i tid.

Av prop. 2009/10:180 s. 99 ff. framgår att bestämmelserna om överprövning av avtals giltighet baseras på rättsmedelsdirektiven (rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG) samt ändringsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG). Detta innebär att direktivens lydelse och syften liksom EU-domstolens praxis ska beaktas vid tillämpningen av 16 kap. LOU. Enligt artikel 2f.1b i ändringsdirektivet får medlemsstaterna föreskriva att en ansökan om ogiltighetsförklaring, under alla omständigheter, ska göras före utgången av minst sex månader räknat från och med dagen efter det att avtalet slöts. Av 16 kap. 17 § första stycket LOU framgår att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Förvaltningsrätten konstaterar att det varken i direktiven eller LOU finns något krav på att avtal måste upprättas skriftligen innan sexmånadersfristen börjar löpa. Av prop. 2001/02:142 s. 100 framgår att det inte heller varit lagstiftarens avsikt att det ska finnas något krav på skriftligt avtal. Vidare anges bl.a. följande i prop. 2009/10:180 s. 169. Ogiltigförklaring av ett avtal är en mycket ingripande åtgärd. Upphandlande myndigheter bör därför vid någon tidpunkt kunna vara säkra på att ett avtal som slutits inte kan komma att förklaras ogiltigt. De i ändringsdirektivet angivna minimumfristerna bedöms vara väl avvägda och längre tidsfrister bör därför inte införas i LOU.

Förvaltningsrätten anser att det får anses följa av 16 kap. 17 § LOU att det är tidpunkten för den civilrättsliga avtalsbundenheten som utlöser sexmånadersfristen i nämnda bestämmelse. Förutom ogiltighetsförklaring av avtal finns alternativa rättsmedel, såsom skadestånd och upphandlingsskadeavgift, att tillgå för att stävja otillåtna direktupphandlingar (jfr 16 kap. 20 § och 17 kap. 1 § LOU). Förvaltningsrätten finner sålunda att förhållandena i förevarande mål inte medför att en preskriptionsfrist om sex månader, såsom den utformats i 16 kap. 17 § LOU, strider mot EU-rättens krav. För att förvaltningsrätten ska kunna pröva Apotekstjänsts ansökningar krävs således att dessa kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att det avtal som är föremål för överprövningen slöts.

Kriminalvården och Svensk dos har i målet gjort gällande att parterna i det avtal som slöts den 10 juli 2013 vid tiden för avtalstecknandet varit överens om vad som avses med direktleverans och för vilka tjänster ersättning ska utgå enligt angivet pris i bilaga 1 till avtalet samt att detta framgår mot bakgrund av Svensk Dos anbud och efterföljande förtydliganden mellan avtalsparterna. Apotekstjänst har bestritt detta påstående och gjort gällande att det i målet inte är visat att det förtydligande som Svensk dos påstår har getts in som bilaga 3 till anbudet har inkommit till Kriminalvården tillsammans med anbudet.

Förvaltningsrätten finner att Apotekstjänst i målet inte har förmått vederlägga motparternas uppgifter om att dessa redan vid tiden för avtalstecknandet den 10 juli 2013 varit överens om för vilka tjänster ersättning ska utgå enligt angivet pris i bilaga 1 till avtalet. Vid det förhållandet finner förvaltningsrätten att det får anses utrett att avtalet mellan Kriminalvården och Svensk dos med innebörden att Svensk dos har rätt till ersättning för s.k. normalleveranser i enlighet med angivet pris i bilaga 1 till avtalet ingicks den 10 juli 2013.

Apotekstjänst ansökan inkom till förvaltningsrätten den 9 juli 2014 och har således inte lämnats in inom sex månader från det att avtalets slöts. Ansökan ska därmed som för sent inkommen avvisas.

Vad sedan beträffar ansökan om överprövning av förlängningen av avtalet som skett den 4 mars 2015 kan följande sägas.

Sökanden har inte anfört att några avtalsförändringar förekommit i samband med ovan nämnd avtalsförlängning. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten, utifrån befintligt underlag, att aktuell avtalsförlängning skett i enlighet med grundkontraktet av den 10 juli 2013. Eftersom Apotekstjänsts talan såvitt gäller sistnämnt kontrakt ansetts vara för sent inkommen finns inte heller grund för att sakpröva den avtalsenliga förlängningen av detsamma. Mot bakgrund av härav ska således även ansökan om överprövning av förlängningen av avtalet avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (3109/ID-LOU)

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

