



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2013-10-11
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
2622-13 E

SÖKANDE

Vårdapoteket Mitt AB, 556773-4743
c/o Vårdapoteket i Norden AB
Slagthuset
211 20 Malmö

Ombud:

Advokat Martin Levinsohn och jur. kand. Andréa Rosengren
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten
Box 1613
701 16 Örebro

Ombud:

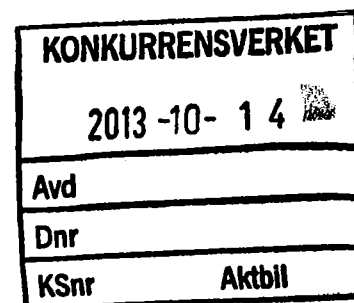
Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Vårdapoteket Mitt AB:s ansökan om överprövning och beslutar att rättelse ska ske på så sätt att upphandlingen ska återupptas.



Dok.Id 95513

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Örebro läns landsting inledde den 24 oktober 2012 en offentlig upphandling avseende läkemedelsförsörjning och farmaceutiska tjänster, dnr 12OLL2328, för tiden den 1 april 2014 - den 1 mars 2017 med möjlighet till förlängning med ytterligare högst 24 månader. Uppdraget omfattar 10 olika deluppdrag enligt punkt 1.1.2.1 i förfrågningsunderlaget:

- Läkemedelsleveranser
- Läkemedelsservice
- Vätskevagnsservice
- Beredning av cytostatika och övrig extempore
- Farmaceutisk kvalitetsansvarig för dialys
- Farmaceutiskt kvalitetsansvarig för radiofarmaka
- Kliniska läkemedelsprövningar
- Farmaceutiskt kvalitetsansvar för läkemedel i antidot- och katastroflager
- Service till patienter med peritonealdialys/hemodialys
- Kvalitetsgranskning av läkemedelshantering

Vid anbudstidens utgång hade tre anbud inkommit och Landstinget beslöt den 22 januari 2013 att anta anbudet från ApoEx AB som var det lägsta. Sedan Vårdapoteket Mitt AB (Vårdapoteket) ansökt om överprövning har förvaltningsrätten i dom den 28 maj 2013, mål nr 440-13, beslutat att rättelse ska vidtas på så sätt att ny utvärdering ska göras med bortseende från ApoEx AB:s anbud, då det inte uppfyllt alla skall-krav. Därefter har anbudet från Vårdapoteket varit det lägsta.

Landstinget har därefter, den 7 juni 2013, beslutat att avbryta upphandlingen och som skäl för beslutet anfört bland annat följande. Landstingsledningen har beslutat att läkemedelsservice ska utföras i avsevärt utökad omfattning. Antalet enheter som ska omfattas av läkemedelsservicen har i det tidigare förfrågningsunderlaget omfattat 21 enheter i Landstinget. Dessa utökas

med 21 enheter på USÖ, dvs. en ökning med 100 procent till 42 st. inom Landstinget. Uppdraget måste därför förändras i stor omfattning. De tillkommande enheterna och volymerna innebär att väsentlig förändring föreligger. Leverantörens personalåtagande förväntas öka samtidigt som leverantören ges större möjlighet att planera tid mellan beställning och leverans. Det avtal som ska tecknas, oavsett med vilken anbudsgivare Landstinget ska teckna kontrakt, kommer därför att skilja sig från de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget, vilket inte är tillåtet. Upphandlingen kan därför inte avslutas genom tecknande av kontrakt.

PARTERNAS TALAN

Vårdapoteket ansöker om överprövning av Landstingets beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet. Till stöd för sin talan anför Vårdapoteket bland annat följande.

En upphandlande myndighets beslut om att avbryta en upphandling måste enligt fastslagen praxis vila på sakligt godtagbara skäl samt följa de grundläggande bestämmelserna i EU-fördraget och 1 kap. 9 § LOU (se bl.a. C-92/00, HI (REG 2002 s. 1-5553) och RÅ 2009 ref 43). Det är myndigheten som har bevisbördan för att sådana sakligt godtagbara skäl föreligger.

Enligt avbrytandebeslutet skulle förfrågningsunderlaget ha angivit att läkemedelsservice skulle utföras på 21 enheter. Det är inte korrekt. Den preliminära omfattningen beskrevs i bilaga 2 ("Volym och antal") till förfrågningsunderlaget. Där framgår av tabellen under avsnitt 2 ("Läkemedelsservice") att man räknat med totalt 26 enheter för läkemedelsservice, varav 11 på Universitetssjukhuset i Örebro (USÖ), 6 på Karlskoga lasarett och 9 på Lindesbergs lasarett. Landstinget överdriver således ökningen av antalet enheter.

Oavsett detta så är det inte korrekt att förändringen av antalet enheter innebär en väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen.

För det första utgör läkemedelsservice endast 1 av 10 tjänster som omfattas av upphandlingen. Såvitt avser läkemedelsleveranser så kommer denna tjänst att endast i ytterst ringa omfattning påverkas av den aktuella ökningen av antalet enheter för läkemedelsservice. Övriga 8 tjänster berörs inte av ökningen. Tjänsten läkemedelsservice

motsvarar dessutom mindre än en tiondel av Vårdapotekets anbud, sett såväl till anbudspris som till antal anställda som krävs för uppdragen.

För det andra innebär en ökning av antalet enheter inte att tjänsten läkemedelsservice ökar i motsvarande omfattning. Ökningarna medför att utrymmet för effektiviseringar ökar, särskilt som samtliga nya enheter enligt Landstingets beslut ska förläggas på ett och samma sjukhus (USÖ).

För det tredje påverkar förändringen inte konkurrensförutsättningarna eftersom anbudsgivarna hela tiden haft anledning att räkna med förändringar av antalet enheter för läkemedelsservice. Detta framgår av punkt 1.1.2.4 i förfrågningsunderlaget som anger att uppgifterna om volymer bygger på tillgänglig statistik och ska ses som ett riktmärke för den offererade tjänsten samt att då Landstinget inte kan förutse kommande behov utifrån bland annat ändrade förutsättningar i form av ändrade behandlingsstrategier, politiska beslut etc. kan vissa volymer öka, minska eller helt försvinna. Vidare anges i volymbilagan under rubriken Läkemedelsservice: "Enheter med läkemedelsservice (...) Statistiken baseras på nuläget och kan komma att förändras till avtalsstart." I punkt 2.5.1 i kravspecifikationen anges följande: "Leverantören ska utifrån ställda krav utföra tjänsten Läkemedelsservice till av landstinget utsedda vårdenheter (ca 25 stycken) på Universitetssjukhuset i Örebro och Lasaretten i Karlskoga och Lindesberg. Hur många enheter som idag har tjänsten framgår av bilaga 2, Volym och antal, men detta kan komma att ändras under avtalstiden. Dessa uppgifter ska ses som ett riktmärke och utgör inte något volymåtagande av landstinget. Landstinget förbehåller sig rätten att lägga till och/eller ta bort läkemedelsförråd som ingår i uppdraget. Vid nya förråd ska uppstart av Läkemedelsservice ske enligt överenskommelse." Det bör noteras att begreppen "enhet" och "läkemedelsförråd" är synonyma.

Som framgår av de citerade utdragen ur förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen har anbudsgivarna känt till att förändringar i antalet enheter med läkemedelsservice kan inträffa och att detta till exempel kan bero på politiska beslut. Landstinget tycks till och med ha räknat med sådana förändringar. Anbudsgivarna har således haft anledning att ta höjd för sådana förändringar i sina anbud.

Det är vidare vanligt i branschen att den här typen av tjänster ökar i omfattning under avtalstiden, bland annat eftersom sjukhusen efterhand inser fördelarna med att låta leverantören ansvara för läkemedelsservice. Vårdapotekets erfarenhet från andra uppdrag är att antalet enheter ökar under avtalstiden.

Landstinget bestrider bifall till Vårdapotekets ansökan och anför bland annat följande.

Läkemedelsservice är en tjänst i uppdraget som innefattar genomgång, beställning, upppackning och lagervård/påfyllning av läkemedel ute på olika avdelningar/enheter på Landstingets sjukhus. Anbuden har avgivits med pris per enhet, vilket innebär att om antalet enheter för läkemedelsservice ökar, ökar också ersättningen till leverantören. Läkemedelsservicens ökning medför och minskning av normalbeställningar av läkemedel, vilket förändrar sammansättningen av uppdraget, se mer härom nedan.

Det föreligger sakligt godtagbara skäl för avbrytandebeslutet. Upphandlingen har avbrutits eftersom uppdragets omfattning förändrats väsentligen och kontrakt inte kan tecknas i enlighet med vad som angavs i förfrågningsunderlaget. Hade kontrakt tecknats och ändringarna införts utan förnyat upphandlingsförfarande hade det varit att beakta som otillåten direktupphandling.

Det är riktigt att det är fråga om 10 olika tjänster som upphandlats och att läkemedelsservice är en av dessa 10. Däremot är det felaktigt att betrakta denna del som en tiondel av upphandlingen. De 10 deltjänsterna varierar sinsemellan i omfattning och läkemedelsservicen utgör en av de större delarna av det totala åtagandet. I förfrågningsunderlaget har för USÖ angivits 21 st. stora förråd och 5 st. små förråd omfattas, varför det är riktigt att antalet förråd varit 26 st. Det är emellertid de stora förråden som dubbleras till 42 st. genom förändringen och det är också avseende dessa som den absoluta merparten av ersättningen omfattar.

Utöver vad som angivits i avbrytandebeslutet är faktum att antalet serviceförråd för läkemedel på USÖ ska utökas från 3 st. till 5 st. Det innebär en förväntad ökning av antalet förråd (och även ersättningen i denna del) med 67 procent. Vidare har Karlskoga lasarett den 28 maj 2013 beslutat att utöka läkemedelsservicen även på Karlskoga lasarett. Antalet enheter på Karlskoga lasarett ökar således från angivna 6 st. till 10-11 st.

Ersättningen till leverantören förväntas öka vid utökningen av tjänsten. Ökningen av antalet stora enheter på USÖ, serviceförråden och antalet förråd i Karlskoga innebär baserat på nu lämnade anbudspriser en beräknad total ersättningsökning för hela kontraktet med mellan 7,2 och 10,7 procent för de olika anbudsgivarna. Spannet beror på att anbudsgivarna valt att sammansätta sina anbud på olika sätt med olika vikt vid olika delar av tjänsten.

Landstinget är förhindrat att utan nytt upphandlingsförfarande öka tjänstens omfattning i beslutad utsträckning. Avtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för anbudsgivaren på ett sätt som inte före-

skrevs i det ursprungliga upphandlingsunderlaget. Det är inte tillåtet enligt upphandlingslagstiftningen, se EU-domstolen mål nr C-454/06, Presstext. Det kan nämnas att Kammarrätten i Göteborg i avgörande den 15 mars 2013 i mål nr 6952-12 har angett att ändring av priserna i ett upphandlat avtal med mellan 2,73 procent och 5,52 procent utgjort väsentliga förändringar.

Upphandlingen medger att anbudet utformas på olika sätt och att anbudsgivarna kan göra affärsmässiga överväganden genom att lägga olika vikt vid olika delar av tjänsten. Vad en anbudsgivare väljer att ta betalt för i anbudet behöver inte en annan anbudsgivare lägga vikt vid, varför den nu uppkomna förändringen av omfattningen, kan komma att medföra att annat anbud skulle kunnat antas om förändringen varit känd vid anbudsgivningen. Eftersom de olika anbudsgivarna byggt upp sina anbud med olika fördelning och risktaganden för de olika typer av tjänster förändras konkurrenssituationen dessa anbudsgivare emellan avsevärt när ytterligare enheter tillkommer. Olika anbudsgivare har haft olika förutsättningar för samordningsvinster när den väsentliga förändringen avseende antalet enheter införts.

En upphandlande enhet kan aldrig skriva in i förfrågningsunderlag att den äger rätt att utan förnyad upphandlingsplikt utföra väsentliga förändringar i ett kontrakt. Skrivelser i likhet med vad som gjorts i punkt 1.1.2.4 i förfrågningsunderlaget kan emellertid vara en del i bedömningen om det är fråga om väsentliga förändringar eller inte, men en självständig bedömning måste göras i varje enskilt fall.

Punkt 1.1.2.4 "Volymer" i förfrågningsunderlaget är helt nödvändig skrivning eftersom det inte går att uttryckligen ange exakta volymer i en så pass komplex tjänst som det är fråga om. Historiska volymer är angivna för att tjänsterna ska kunna konkurrensutsättas. Förändringen av volymerna under respektive beställningstyp från 47 000 till 90 000 orderrader och tvärtom är väsentliga förändringar av volymerna som påverkar anbudsgivningen. Förbehållet i förfrågningsunderlaget omfattar inte sådan väsentlig förändring,

Att det redan vid förfrågningsunderlagets upprättande stod klart att antalet enheter skulle komma att förändras under avtalstiden är riktigt. Vad som avsågs i skrivningen i punkt 2.5.1 i kravspecifikationen var mindre justeringar i antalet. Väsentliga förändringar kan som sagt aldrig undantas från upphandlingsplikt. Förfrågningsunderlaget anger inte att antalet enheter kan förändras med 100 procents ökning av antalet stora förråd på ett sjukhus och en 67 procentig ökning på ett annat sjukhus. Dessa är att betrakta som väsentliga förändringar.

BESLUT OM BEFINTLIGT BESTÄLLNINGSSYSTEM

Utöver tidigare angivna skäl har nu ytterligare följande förändring skett i förutsättningarna för anbudsgivningen. Landstinget har den 11

september 2013 beslutat att det egna beställningssystemet, benämnt IoF, inte ska användas efter utgången av september 2013. Det har varit en viktig förutsättning för Landstinget att vara leverantörsoberoende i fråga om beställningssystemet, varför detta varit ett beslut som varit svårhanterat inom organisationen.

Upphandlingen som gjorts bygger på att beställningar av läkemedel i första hand skall göras i IoF, se förfrågningsunderlaget punkt 2.4.2.2. Upphandlingen bygger således i fråga om beställningarna avseende hela läkemedelstjänsten på att beställningar görs i Landstingets system. Landstinget kommer inte att inom kort kunna ta fram ett nytt eget system.

Efter beslutet att avbryta IoF-projektet har Landstinget för närvarande inget system att tillhandahålla. Det är ett skall-krav som anges i upphandlingen att beställningar ska ske via Landstingets inköpssystem, men som nu måste frånfallas. Landstinget har inte beslutat om Landstinget ska upphandla ett eget nytt beställningssystem (vilket kommer att ta tid) eller om leverantören av läkemedelsservice ska tillhandahålla beställningssystem. Oavsett vilket, måste leverantör av läkemedelsservice tillhandahålla beställningssystem till dess ett nytt system upphandlats och kontrakt tecknats, vilket inte alls framgått av förfrågningsunderlaget och nya skall-krav som inte har funnits i förfrågningsunderlaget läggas till i kontraktet som tecknas. Eftersom skall-krav avseende beställningssystem tillkommer avser även detta en väsentlig förändring av kontraktsvillkor som kommer att ske.

DOMSKÄL

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ska i detta mål endast pröva om Landstingets beslut den 20 maj 2013 att avbryta upphandlingen är förenligt med LOU och dess principer utifrån de grunder som Landstinget angett för det beslutet. Att Landstinget den 11 september 2013 beslutat avsluta projektet IoF innebär således inte någon ändring i processramen för detta mål.

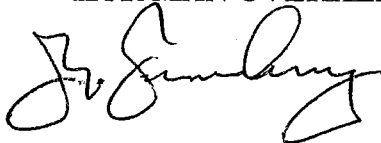
I målet är fråga om de ändringar som skett beträffande antalet enheter och läkemedelsförråd ska anses som sådana väsentliga förändringar att Landstinget haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Landstinget har i det avseendet bland annat hänvisat till EU-domstolens dom i mål nr C-454/06, Presstext, och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6952-12. I båda målen är fråga om ändrade villkor i tecknade kontrakt är att anse som en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt. Enligt EU-domstolen är detta fallet om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontrakten (p. 34). I kammarrättens mål hade parterna ändrat i timpriser som inte haft stöd i det ursprungliga förfrågningsunderlaget och höjningarna synes enbart ha varit baserade på vad respektive leverantör uppskattat att en fördröjning på grund av utdragen överprövningsprocess hade medfört för kostnadsökningar för deras del.

Enligt förvaltningsrättens mening är EU-domstolens och kammarrättens bedömningar inte direkt tillämpliga i det nu aktuella fallet då Landstinget i förfrågningsunderlaget angett att volymer och enheter kan komma att ändras och i vissa delar helt försvinna under avtalstiden. De ändringar på mellan 2,73 och 5,52 procent av redan fastställda priser som varit fallet i kammarrättens mål kan således inte läggas till grund för bedömningen i detta mål. Förvaltningsrätten anser inte heller att en total ersättningsökning för hela

kontraktet med mellan 7,2 och 10,7 procent är anmärkningsvärt hög i ett sådant komplext förfarande som det nu är fråga om och där Landstinget i förfrågningsunderlaget tydligt angett att volymen kunde komma att förändras. Att under dessa förhållanden och utan mycket starka skäl avbryta en upphandling där leverantörer lagt ned omfattande arbete på att ta fram konkurrenskraftiga anbud och den som befunnits ha det lägsta anbudet haft berättigade skäl att börja planera för uppdraget, skulle enligt förvaltningsrättens mening vara oförenligt med de principer som ligger till grund för LOU. Därtill kommer att Landstinget nu anfört ytterligare skäl och en ny grund för att avbryta upphandlingen, vilket kan tyda på vissa brister i planering och framförhållning som också kan komma i konflikt med principerna i LOU.

Sammantaget finner förvaltningsrätten, även med beaktande av vad Landstinget anfört, att det inte framkommit sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen på de grunder som Landstinget åberopat i beslutet den 20 maj 2013. Vårdapoteket har vid tiden för beslutet haft det lägsta anbudet och därmed lidit eller riskerat att lida skada av Landstingets överträdelse av LOU. Mot den bakgrunden ska Vårdapotekets ansökan bifallas och rättelse ske på så sätt att upphandlingen ska återupptas.

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



Bo Forsberg