



KLAGANDE

ApoEx AB, 556633-4149

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Örebro läns landsting

Ombud: Advokaten Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

2. Vårdapoteket Mitt AB, 556773-4743

Ombud: Advokaten Martin Levinsohn och jur.kand. Andréa Rosengren
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 28 maj 2013 i mål nr 440-13,
se bilaga .

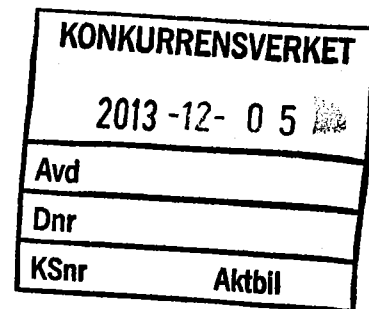
SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd och återförvisning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten upphäver den överklagade domen och visar målet åter till
Förvaltningsrätten i Karlstad för ny prövning i enlighet med vad som
framgår av skälen för detta beslut.



Kammarrättens interimistiska beslut den 5 juni 2013 ska bestå till dess förvaltningsrätten förordnar på annat sätt.

YRKANDEN M.M.

ApoEx AB (ApoEx) yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd och avslår Vårdapoteket Mitt AB:s (Vårdapoteket) ansökan om överprövning eller att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför ApoEx att inte heller Vårdapoteket uppfyller samtliga krav i upphandlingen och därför inte kan lida skada av att ApoEx tilldelas kontraktet. – ApoEx åberopar EU-domstolens dom den 4 juli 2013 i mål C-100/12 och EU-domstolens dom den 10 oktober 2013 i mål C-336/12.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

ApoEx har såväl i förvaltningsrätten som i kammarrätten invänt att Vårdapoteket inte kan anses vara skadelidande eftersom dess anbud inte uppfyller upphandlingens skall-krav avseende åtagande från underleverantörer. Förvaltningsrätten har i sin dom inte prövat invändningen.

EU-domstolen har funnit att när en anbudsgivare ansöker om överprövning med hänvisning till att vinnaren av upphandlingen inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och vinnaren i sin tur invänder att inte heller klaganden uppfyller kraven ska den senare invändningen prövas i målet (EU-domstolens dom den 4 juli 2013 i mål nr C-100/12).


Kammarrätten konstaterar att en förutsättning för ingripande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är att den anbudsgivare som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd

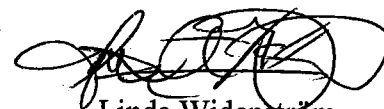
av överträdelse av lagens bestämmelser (16 kap. 6 §). Det är därför nödvändigt att fastställa huruvida Vårdapoteket är skadelidande till följd av Landstingets beslut att tilldela ApoEx uppdraget. Förvaltningsrätten har i den överklagade domen förordnat att ny utvärdering ska göras, varvid ApoEx anbud inte ska beaktas med anledning av att det inte uppfyllt visst skall-krav. Då det skulle strida mot den i 1 kap. 9 § LOU fastslagna principen om likabehandling att förkasta ett anbud p.g.a. bristande uppfyllelse av skall-krav, men inte en annat, skulle Vårdapoteket, för det fall dess anbud borde förkastas, inte kunna anses vara skadelidande i LOU:s mening.

Kammarrätten finner mot bakgrund härav att förvaltningsrätten i sin dom rätteligen skulle ha prövat ApoEx invändning om att Vårdapoteket inte uppfyllt upphandlingens skall-krav avseende åtagande från underleverantörer. Domen ska därför undanröjas och målet återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av även nu nämnda invändning.

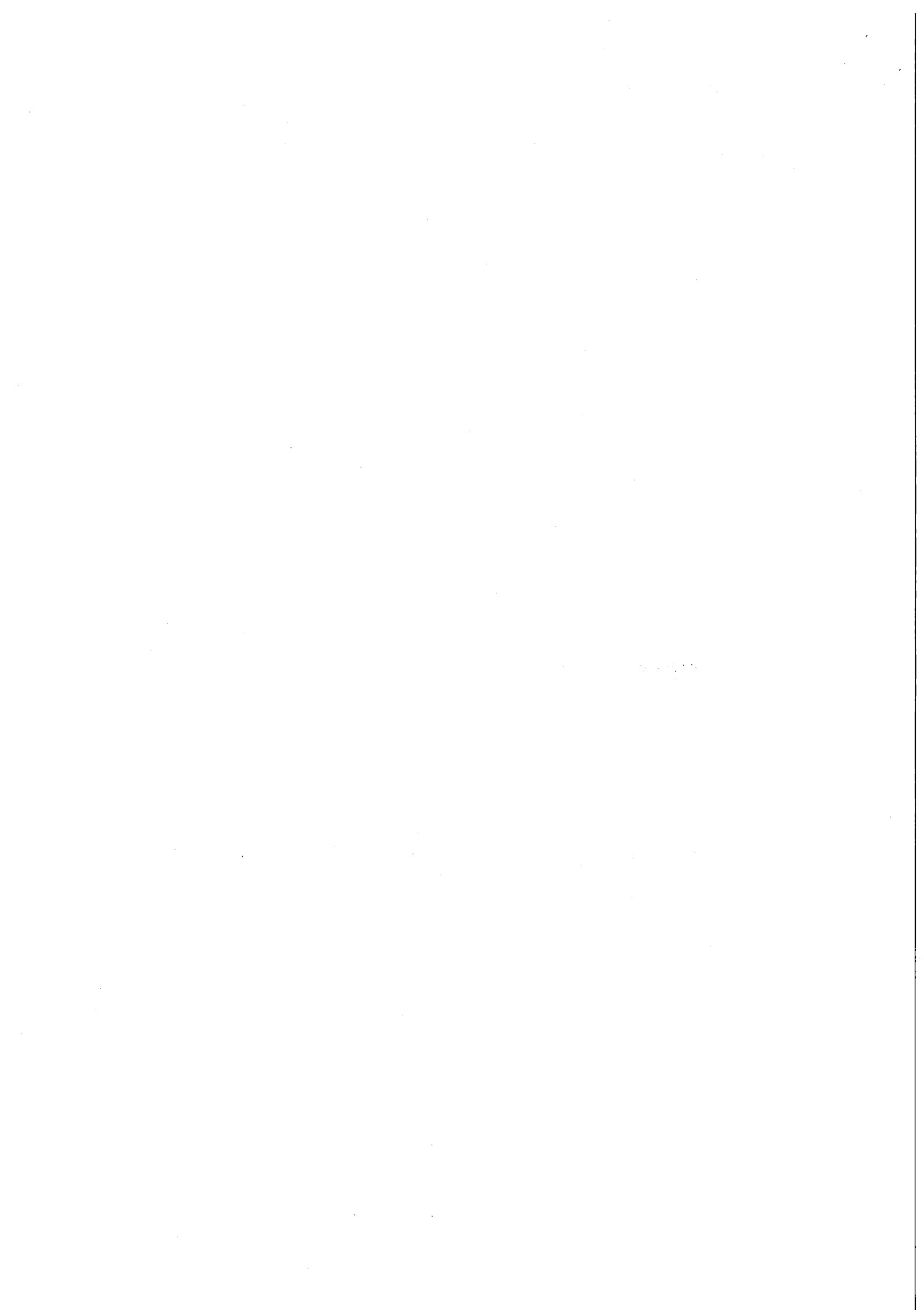
Beslutet får enligt 34 § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971: 291) inte överklagas.


Göran Bodin


Anders Cedhagen
referent


Linda Widenström


/Elin Strand





SÖKANDE

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

Ombud: Advokaten Martin Levinsohn och Jur.kand. Andréa Rosengren
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten
Box 1613
701 16 Örebro

Ombud: Advokaten 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 och förordnar att rättelse ska vidtas på så sätt att ny utvärdering ska göras med bortseende från ApoEx AB:s anbud.

Förvaltningsrätten avslår Vårdapoteket Mitt AB:s yrkande om edition.

YRKANDEN M.M.

Örebro läns landsting (härefter Landstinget) har inlett en offentlig upphandling avseende läkemedelsförsörjning och farmaceutiska tjänster, dnr 12OLL2328. Av upphandlingsprotokoll den 22 januari 2013 framgår att ApoEx AB (härefter ApoEx) erbjudit lägst pris och kommer att antas som leverantör. Av upphandlingens resultatrapport framgår att Vårdapoteket Mitt AB (härefter Vårdapoteket) lämnat näst lägsta pris i upphandlingen.

Vårdapoteket yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny utvärdering genomförs vid vilken ApoEx anbud inte utvärderas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Vårdapoteket yrkar vidare att förvaltningsrätten ska förelägga Landstinget att förete kopior av bilaga 6 (beskrivning av process) och bilaga 8 (beskrivning av införandeprocess och samverkansformer) till ApoEx anbud.

Vårdapoteket anför bl.a. följande som skäl till sitt förstahandsyrkande.

ApoEx har i sitt anbud angett att man avser att anlita en underleverantör för kliniska prövningar. ApoEx anbud innehåller i strid med kravet i 1.3.4.4 inte något åtagande från underleverantören. Dessutom har ApoEx i strid med kravet inte heller angett underleverantörens organisationsnummer. Genom att godta ApoEx anbud trots att det inte uppfyllt det aktuella skall-kravet har Landstinget handlat i strid med likabehandlingsprincipen.

Landstinget bestrider bifall till Vårdapotekets ansökan och anför bl.a. följande.

ApoEx har tillhandahållit åtagandet genom bilaga 9 i Vårdapotekets anbud. Denna utvisar vad Oriola AB ska utföra åt ApoEx om det erhåller kontraktet. Oriola AB har upprättat bilagan och tillställt ApoEx denna inför anbudsgivningen. Oriola AB har genom upprättandet av bilagan utvisat att Oriola åtagit sig att utföra kliniska prövningar åt ApoEx. Den utvisar omfattningen av åtagandet, fullständig firma, kontaktuppgifter med telefonnummer och epostadress till ansvarig företrädare. Av ApoEx anbud i övrigt, som omfattas av sekretess,

framgår att Oriola AB och ApoEx idag har ett pågående samarbete avseende kliniska provningar inom Stockholm Läns landsting.

I andra hand menar landstinget att det genom svaret på fråga 50 angett att det inte längre utgjorde skall-krav att ange underleverantör i anbudet eftersom det kan underlätta förhandlingarna med underleverantör om tilldelning redan har skett. Landstinget kan rimligen inte uppställa olika krav på olika typer av underleverantörstjänster.

Eftersom Vårdapoteket inte avsett att använda annan underleverantör än för transporter kan inte Vårdapoteket anses lida skada om något åtagande från Oriola AB inte lämnats med anbudet. Det påverkar inte anbudspriset och hade inte heller ändrat rangordningen. Även Vårdapoteket har valt att inte lämna med åtagande från underleverantör för transporter.

Det är riktigt att Oriola AB:s organisationsnummer inte angetts i ApoEx anbud. Identifikation av Oriola har gått att göra trots detta. Syftet med skallkravet är att det ska gå att identifiera underleverantören, vilket det med de lämnade uppgifterna klart går att göra. Att diskvalificera leverantören i en sådan omfattande upphandling på grund av att ett organisationsnummer fattas, särskilt när det med enkelhet kan inhämtas från annan myndighet, kan inte vara förenligt med intentionen för upphandlingslagstiftningen. Denna myndighetsuppgift påverkar inte innehållet i anbudet som sådant.

Parterna har vidhållit sina respektive uppfattningar i ytterligare skriftväxling.

ApoEx har i yttrande anfört bl.a. följande.

Örebro läns landsting, ApoEx och Oriola AB anser samtliga att inlämnat material utgör ett åtagande. Oriolas företrädare bekräftar att inlämnat underlag utgör ett formellt åtagande från Oriola att leverera tjänster i den utsträckning som anges i förfrågningsunderlaget. Åtagandet som bifogades anbudet upprättades som ett svar på ApoEx begäran om ett åtagande från Oriola med anledning av landstingets upphandling. Företrädaren hade vid tiden fullmakt att ingå avtal och att lämna bindande anbud avseende kliniska läkemedelsprovningar. Åtagandet har alltså upprättats särskilt för upphandlingen. - ApoEx åberopar en handling från Oriola.

DOMSKÄL

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.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

I punkten 1.3.4.4 i förfrågningsunderlaget anges följande.

Om anbudsgivaren avser att anlita underleverantörer ska ett åtagande bifogas anbudet där omfattning, namn och organisationsnummer framgår.

ApoEx har jakande besvarat frågan om ApoEx avser att anlita underleverantör och har i anbudet angett följande.

ApoEx planerar att anlita Oriola AB som underleverantör för kliniska provningar. ApoEx ansvarar för kliniska provningar som för övriga uppdrag som genomförs av ApoEx enligt uppdragsavtalet. ApoEx kommer att presentera upphandlad transportpartner för ÖLL efter eventuellt tilldelningsbeslut. Vi hänvisar till Bilaga 6 – ”Process” och Bilaga 9 ”Presentation av Oriola AB om kliniska provningar”.

Förvaltningsrättens bedömning

Det presentationsmaterial (bilaga 9) som Landstinget åberopat innehåller en allmän beskrivning av Oriola, men utgör enligt förvaltningsrättens mening ett sådant åtagande som landstinget efterfrågat. Materialet saknar det slag av viljeförklaring som kännetecknar ett åtagande av aktuellt slag. Hur underleverantören ApoEx beskriver ifrågavarande handlingar har inte någon självständig betydelse för denna bedömning. Den skrivelse från Oriola som getts in till förvaltningsrätten av ApoEx utgör möjligen ett åtagande men har upprättats för sent för att kunna beaktas i detta sammanhang (åtagandet skulle ha bifogats anbudet). Landstingets invändning att kravet tagits bort genom svaret på fråga 50 kan inte godtas, då detta svar endast gäller leverans av transporter. Som skallkravet är utformat ska det åtagande som lämnas även innehålla underleverantörens organisationsnummer. Så är dock ostridigt inte fallet.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Landstinget borde ha förkastat ApoEx anbud då ApoEx inte uppfyllt det aktuella skallkravet. Landstinget har följaktligen i strid med likabehandlingsprincipen låtit utvärdera ett ogiltigt anbud. Vårdapoteket har därför åtminstone riskerat att lida skada, då ett förkastande av ApoEx anbud kunde ha medfört bättre möjligheter för Vårdapotekets anbud att antas.

Med ovan angivna bedömning, som innebär att Vårdapotekets förstahandsyrkande ska bifallas, behöver förvaltningsrätten inte pröva de övriga grunder som Vårdapoteket anfört. De handlingar som Vårdapotekets editionsyrkande avser gäller en av dessa övriga grunder, och något editionsföreläggande behövs därmed inte.

Landstinget och ApoEx har invänt att den brist Vårdapoteket gjort gällande mot ApoEx anbud även förekommer i Vårdapotekets anbud. Detta är i så

fall något som landstinget får beakta vid sin kommande utvärdering; det är inte något som förvaltningsrätten tar ställning till i denna dom.

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



Joar Berglund, rådman

Målet har föredragits av beredningsjuristen Henrik Melin.