



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2010-07-30
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
9648-10 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Schenker Dedicated Services AB, 556308-4663
Lilla Bommen 3
412 97 Göteborg

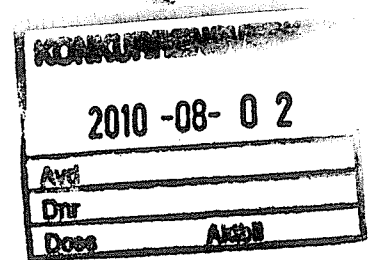
Ombud: Advokaten Helena Rosén-Andersson
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Ombud: Torgny Königson
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om muntlig förhandling.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar att Västra Götalandsregionens upphandling avseende Distributionsavtal läkemedelsnära produkter med dnr SN 408-2009 ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 31 mars 2010 upphör därmed att gälla.

TILLDELNINGSBESLUTET

Västra Götalandsregionen (Regionen) har genomfört en upphandling avseende distributionstjänster av läkemedelsnära produkter (dnr SN 408-2009). Regionen har tillämpat ett förhandlat förfarande. Av tilldelningsbeslut daterat den 25 mars 2010 framgår att Posten Logistik AB (Posten) antagits som leverantör.

YRKANDE M.M.

Schenker Dedicated Services AB (Schenker) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Om inte ansökan enbart på handlingarna skulle vinna bifall yrkas även muntlig förhandling. Till stöd för yrkandena anförs i huvudsak följande. Regionen har begått flera fel vid genomförandet av upphandlingen, vilket har inneburit skada eller risk för skada för Schenker. Dels har Regionen utan giltigt anledning använt sig av ett förhandlat förfarande vid upphandlingen i syfte att förhandla ned offererade priser, dels har Regionen inte behandlat Schenker lika med Posten då Posten som Regionens nuvarande leverantör av aktuell distributionstjänst har tillgång till annan statistik än vad Schenker har. Endast i undantagsfall och när det är särskilt föreskrivet finns möjlighet att tillämpa ett förhandlat förfarande. Någon sådan undantagssituation föreligger inte i den här upphandlingen. Upphandlingen rör anskaffning av distributionstjänster och det har inte funnits några sådana särskilda risker eller särskilda omständigheter vid upphandlingen av tjänsten som gjort det omöjligt för anbudsgivarna att ange ett totalpris i förväg. Såväl Schenker som Posten har lämnat priser redan i samband med anbudsgivningen. Den förhandling som Regionen menar har ägt rum den 17 februari 2010 har inte handlat om integration av IT-system, varför det saknar betydelse att punkten fanns med på agendan. Vid ett möte den 25 januari

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
9648-10 E

2010 meddelade nämligen Regionen att frågan om IT-integration endast skulle tas upp med den leverantör som slutligen antogs. Regionen har felaktigt tillämpat ett förhandlat förfarande och har därigenom tillåtit Posten att lämna nytt pris efter anbudstidens utgång, vilket är att betrakta som ett nytt otillåtet anbud.

Regionen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Den aktuella upphandlingen omfattar en tjänst som består av många komponenter som, för att uppnå en totalt sett kostnadseffektiv transportlösning, kan hanteras på olika sätt tillsammans med leverantörernas i övrigt mycket omfattande verksamheter. Priset totalt blir då beroende av hur de olika delarna kan fogas samman. Regionen bedömde att förhandlat förfarande krävdes för att ge leverantörerna möjlighet att bedöma teknisk och kostnadseffektiv integration mellan leverantörernas system och Regionens nya datasystem, då det fanns en uppenbar risk att totalpriset inte kunde anges innan dessa frågor klargjordes. Upphandlingen genomfördes därför som ett förhandlat förfarande efter föregående annonsering och inbjudan till anbudsgivning. Två leverantörer uppfyllde slutligen kraven, Posten och Schenker. Regionen hade förhandlingsmöte med var och en av dem där huvudsakligen integration av IT-system och leveransdagar diskuterades. Likalydande brev skickades därefter till de båda anbudsgivarna med information om leveranstid, hur integration bör ske samt möjlighet att inge en ny prisbilaga, dvs. lämna slutanbud. Efter denna förhandling räknade Posten fram ett totalpris som på ett avgörande sätt avvek från det pris som Posten angivit från början. Vid utvärderingen av anbuden antogs Posten som leverantör. Att Posten kunnat lämna ett lägre pris efter förhandlingen stöder uppfattningen att det var svårt att utan förhandling ange rätt pris. Regionen har därför haft rätt i sin bedömning att det fanns skäl att använda ett förhandlat förfarande. Därutöver anför Regionen att samtliga anbudsgivare behandlats lika. Regionen har inte tillgång till den statistik som Schenker efterfrågar.

UTREDNINGEN

Av handlingarna framgår bland annat följande. Regionen har bjudit in Schenker och Posten att lämna anbud i den aktuella upphandlingen. Sista dag för anbudsgivning var den 1 februari 2010 och både Schenker och Posten lämnade in ett slutpris tillsammans med anbudet. Schenkers bud var 91 661 295 kronor och Postens bud var 96 619 232 kronor. Därefter genomförde Regionen förhandling med anbudsgivarna den 17 februari 2010 varpå en skrivelse skickades ut där anbudsgivarna gavs möjlighet att revidera sina anbud inklusive slutpris. Schenker reviderade inte sitt anbud men det gjorde Posten som lämnade ett nytt slutpris på 89 982 725 kronor. I inbjudan till anbudsgivning, bilaga 3 "Krav på tjänsten ..." p. 3.4 har Regionen tagit upp frågan om integrering av IT-system och då bland annat skrivit "Diskussion och förhandling kommer att krävas mellan parterna i denna punkt för att fastslå slutlig lösning och som då kan påverka kostnadsbilden". Enligt Schenker meddelade dock Regionen vid ett möte den 25 januari 2010 att frågor rörande IT-integrationen endast skulle tas upp med den leverantör som tilldelades kontraktet. Regionen har inte bestridit den uppgiften även om Regionen tryckt på det förhållandet att IT-integration stod med på agendan på inbjudan till att presentera anbuden den 17 februari 2010. Region Skåne, Stockholms läns landsting, Landstinget Sörmland och Landstinget i Jönköpings län har samtliga använt sig av öppet förfarande vid upphandling av liknande distributionstjänster.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Av 4 kap. 1 § LOU följer att ett öppet eller selektivt förfarande ska användas vid offentlig upphandling. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under förutsättningar och på det sätt som anges i 2-9 §§.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 5
9648-10 E

Enligt 4 kap. 2 § p.2 får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller är förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg.

Enligt 4 kap. 3 § LOU skall, vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbudet till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap 1 §.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket framgår att 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Huvudregeln för offentlig upphandling inom den klassiska sektorn är att ett öppet eller selektivt förfarande ska användas. I undantagsfall får upphandling ske genom förhandlat förfarande. Enligt EG-praxis ska undantagsfallen tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som ska visa att förutsättningar för undantag föreligger.

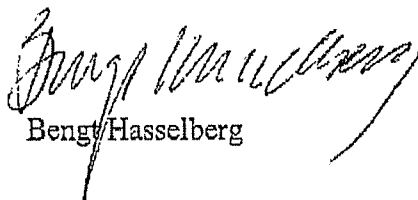
Regionen har anfört att skälet till förhandlat förfarande var att det kunde vara förenat med svårigheter att lämna ett totalpris i förväg utan att först ha

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 6
9648-10 E

förhandlat om en integration av IT-system. Det har emellertid framkommit att Regionen valt att lyfta ut just den frågan ur anbudsförfarandet för att i stället, på ett möte före anbudstidens utgång, meddela att diskussioner i den frågan enbart skulle föras med vinnande anbudsgivare. Redan där konstaterar förvaltningsrätten att det skäl som Regionen anfört som avgörande för val av förfarande inte längre föreligger. Därtill har det visats att flera andra landsting har använt ett öppet förfarande vid liknande upphandlingar. Förvaltningsrätten anser därför att Regionen inte visat att den upphandlade tjänsten, varken till sin karaktär eller på annat sätt, varit förenad med sådana risker att ett totalpris inte kunnat lämnas i förväg. Eftersom Regionen inte visat att skäl för ett förhandlat förfarande föreligger har upphandlingen därmed genomförts genom ett felaktigt förfarande. Genom att använda detta felaktiga förfarande har Schenker lidit, eller i vart fall riskerat, att lida skada. Då förfarandet varit felaktigt från början kan skadan inte läkas genom en ny anbudsutvärdering. Upphandlingen ska därför göras om.

Då förvaltningsrätten sålunda anser att Regionen vid upphandlingen använt ett förfarande som inte stämmer överens med förutsättningarna i 4 kap. 2 § p.2 LOU, stannar förvaltningsrättens bedömning där. Det saknas således anledning att gå vidare med bedömning angående likabehandlingsprincipen och övriga grunder som Schenker anför. Med den utgången anser förvaltningsrätten dessutom att muntlig förhandling är obehövlig. Yrkandet om muntlig förhandling ska därför avslås.

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



Bengt Hasselberg

Föredragande i målet har varit Carina Nithander.



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 var till 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.