



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2014-05-16
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
5156-13 E
5451-13 E
5474-13 E

SÖKANDE

1. Vårdapoteket Mitt AB, 556773-4743 (mål nr. 5156-13 och 5451-13)

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och Magnus Myrbäck
samt jur.kand Andréa Rosengren
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

2. ApoEx AB, 556633-4149 (mål 5474-13)
Box 6079
102 32 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2014-05-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten (samtliga mål)

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

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

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Vårdapoteket Mitt AB:s ansökan i mål nr 5156-13 och beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att anbudet från ApoEx AB inte ska beaktas.

Förvaltningsrätten bifaller Vårdapoteket Mitt AB:s ansökan i mål nr 5451-13 och beslutar att rättelse ska ske på så sätt att upphandlingen ska återupptas.

Dok.Id 110044

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Förvaltningsrätten avslår ApoEx AB:s ansökan i mål nr 5474-13.

BAKGRUND

Örebro läns landsting (Landstinget) inledde den 24 oktober 2012 en offentlig upphandling avseende läkemedelsförsörjning och farmaceutiska tjänster, dnr 120LL2328, 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 (ApoEx) 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 anbud då det inte uppfyllt skall-krav avseende underleverantörer. Därefter har anbudet från Vårdapoteket varit det lägsta. ApoEx har sedan överklagat förvaltningsrättens dom och åberopat att Vårdapoteket inte heller uppfyllt skall-krav och därmed inte riskerat att lida skada. Kammarrätten i Göteborg har i beslut den 3 december 2013 i mål nr

3427-13 uttalat att förvaltningsrätten i sin dom rätteligen skulle ha prövat ApoEx invändning om att Vårdapoteket inte uppfyllt upphandlingens skallkrav avseende åtagande från underleverantörer och därför visat målet åter till förvaltningsrätten för prövning även av denna invändning.

Under pågående prövning i kammarrätten har Landstinget den 7 juni 2013 beslutat att avbryta upphandlingen på grund av att deluppdraget läkemedelsservice ska utföras i avsevärt utökad omfattning och att det avtal som ska tecknas därför kommer att skilja sig från de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget på ett sätt som inte är tillåtet, sedan Vårdapoteket ansökt om överprövning har förvaltningsrätten i dom den 11 oktober 2013 i mål nr 2622-13 bifallit ansökningen och beslutat att rättelse ska ske på sätt att upphandlingen ska återupptas. Landstinget har överklagat domen till kammarrätten och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) som inte meddelat prövningstillstånd (HFD:s beslut den 19 december 2013).

Vidare har Landstinget den 5 december 2013 beslutat att avbryta upphandlingen på grund av den tidigare nämnda utökningen av deluppdraget läkemedelsservice samt att det föreligger oklarhet i förfrågningsunderlaget beträffande centralt avtalsvillkor avseende lokaliseringen av verksamheten och att Landstingets i förfrågningsunderlaget angivna beställnings system IoF har tagits ur bruk under september 2013 till följd av allvarliga brister, varför kontrakt inte kan tecknas på vid anbudsgivningen kända förutsättningar.

YRKANDEN M.M.

Vårdapoteket yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett dels på så sätt att ny utvärdering har gjorts utan beaktande av anbudet från ApoEx (5 156-13), dels på så sätt att upphandlingen ska återupptas (545 1-13). I mål nr 440-13 har Vårdapoteket yrkat i andra hand att upp-

handlingen ska göras om vilket får anses gälla även i mål nr 5 156-13.

ApoEx bestider bifall till Vårdapotekets yrkande i mål nr 5 156-13 och yrkar i mål nr 5474-13 att rättelse ska ske på så sätt att upphandlingen ska återupptas. I mål nr 5 156-13 yrkar ApoEx i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till Vårdapotekets och ApoEx yrkanden om rättelse samt yrkar att mål nr 5 156-13 ska avskrivas på grund av att Landstinget avbrutit upphandlingen och att det inte finns något tilldelningsbeslut att överpröva.

PARTERNAS TALAN

Mål nr 5156-13

ApoEx anför bland annat följande.

ApoEx anbud uppfyller alla skall-krav

Vårdapoteket har anfört att ApoEx saknar ett giltigt åtagande från underleverantören Oriola AB (Oriola). Som visats tidigare i förvaltningsrätten, har ApoEx till sitt anbud bifogat en beskrivning där det framgår vilken typ av arbeten Oriola ska utföra i uppdraget som upphandlas och att Oriola uppenbarligen har ett långvarigt och nära samarbete med ApoEx. Detta har även bekräftats av information som ingetts med anbudet och som visar att ApoEx och Oriola har ett pågående samarbete avseende ett annat, liknande, kontrakt. Det har dessutom bekräftats av företrädare för Oriola att den beskrivning avseende samarbetet mellan ApoEx och Oriola som lämnats i ApoEx anbud är att jämställa med ett åtagande (se Bilaga A till ApoEx) yttrande av den 16 maj 2013 i mål nr 440-13). Vidare har kravet på åtagande ändrats under anbudstiden i och med frågor och svar (se Fråga och Svar 50 i bilaga 2 till Landstingets yttrande den 15 februari 2013 i mål nr 440-13). I och med detta förtydligande behövde något åtagande inte bifogas anbudet, vilket även Landstinget har ansett. Det framgår även av EU-domstolens dom den 10 oktober 2013 i mål C-336/12 att likabehandlingsprincipen innebär att en upphandlande myndighet får begära att en anbudsgivare, efter anbudstidens utgång, kommer in med bevis avseende anbudsgivarens situation som saknats i anbudet om det inte angetts uttryckligen i

förfrågningsunderlaget att avsaknad av denna information skulle medföra att anbud förkastades. I upphandlingen har inte framgått i förfrågningsunderlaget att anbud som inte innehåller åtagande eller motsvarande för underleverantörer kommer att förkastas. Landstinget är därför inte skyldigt att förkasta anbudet från ApoEx, utan har möjlighet att begära att ApoEx i ett senare skede bevisar att ApoEx förfogar över den nödvändiga kapaciteten hos Oriola, för det fall Landstinget skulle anse att ApoEx inte redan i anbudet har visat detta.

Vårdapotekets anbud uppfyller inte skall-kraven

Såväl Landstinget som ApoEx har anfört att Vårdapotekets anbud innehåller brister med avseende på åtagande från Vårdapotekets åberopade underleverantörer. I Vårdapotekets anbud har Vårdapoteket svarat ja på frågan i punkt krav 1.3.4.4. Underleverantörer, om huruvida underleverantörer kommer att användas. Redan av anbudet framgår således att Vårdapoteket kommer att anlita underleverantörer. Av punkt 3.8. Mali för upphandlingskontrakt, framgår följande definition av underleverantör: *"Med underleverantör avses fysisk eller juridisk person som anlåtats och instruerats av leverantören att utföra vis del av leverantörens avtalsenliga åtaganden. Med underleverantör avses inte tillverkare av läkemedel och varor som leverantören enligt verksamhetsavtalet med staten har en skyldighet att tillhandahålla."* Uppdraget i upphandlingen kräver omfattande IT-utveckling av system/applikationer och integration mellan olika system, vilket framgår tydligt av såväl förfrågningsunderlaget som mallen för upphandlingskontrakt (se t.ex. 2.1.1 i Kravspecifikationen där det anges att leverantörens arbete bl.a. består av att i relevanta delar inventera befintlig sjukhusapoteksverksamhet, överta och förvalta för uppdraget erforderlig information och förbereda och etablera den verksamhet som leverantören ska bedriva inom ramen för uppdraget.) Tester ska genomföras av hela flödet och godkännas innan de tas i drift. Se också kap. 3 i Mall för upphandlingskontrakt). Denna del av uppdraget kan utföras internt, vilket är den lösning som ApoEx har valt, eller outsourcas till externa leverantörer, såsom Vårdapoteket har valt att göra. Olika landsting använder i dag olika system för läkemedelsförsörjning från olika leverantörer. Detta leder till att kraven ser olika ut mellan olika landsting, vilket i sin tur påverkar såväl uppdragens omfattning som komplexitet. Att en anbudsgivare har genomfört utveckling och/eller integration av IT i ett landsting innebär således inte att anbudsgivarens lösning är färdigutvecklad och utan vidare kan implementeras i andra landsting. ApoEx har exempelvis utvecklat en systemlösning för Stockholms läns landsting, men behöver utveckla en helt ny lösning för Landstinget samt integrera denna med Landstingets system. Det är dessutom första gången Landstinget upphandlar den aktuella tjänsten, vilket ställer högre krav på IT.

Vårdapoteket anför bland annat följande.

ApoEx har i yttrande i mål nr 440-13 påstått att Vårdapotekets anbud är bristfälligt eftersom Vårdapoteket inte lämnat in något åtagande från en IT-leverantör. Påståendet är närmast befängt. Åtaganden från underleverantörer behövde givetvis endast ges in med avseende på egentliga underleverantörer, d.v.s., av leverantören anlitate företag som ska utföra del av det upphandlade uppdraget för leverantörens räkning. Anbudsgivare behöver givetvis inte bevisa att de har tillgång till sådana stödfunktioner som inte är specifikt kopplade till de tjänster som upphandlas. Det skulle vara helt orimligt och stå i strid med den grundläggande proportionalitetsprincipen om leverantörer behövde ge in intyg eller åtaganden från t.ex. leverantörer av IT-system eller mjukvarulicenser eller från hyresvärdar, revisorer, städfirmor m.fl., såvida någon av dessa funktioner inte utgör del av upphandlingsföremålet i sig. Något generellt krav avseende åtaganden från leverantörer av diverse stödfunktioner såsom IT-stöd m.m. har, rätteligen, inte heller uppställts i upphandlingen. Det aktuella kravet att anbudsgivare skulle ge in åtaganden från underleverantörer återfinns i punkt 1.3.4.4. i förfrågningsunderlaget *"Om leverantören nyttjar underleverantör/er för genomförandet av viss del/eller hela uppdraget, svarar leverantören för underleverantörens arbete som för eget enligt uppdragsavtalet. Leverantören tar ett helhetsansvar för anbudet och uppdraget Landstinget ska endast ha en part att kommunicera med. Om Anbudsgivaren avser att anlita underleverantörer ska ett åtagande bifogas anbudet där omfattning, namn och organisationsnummer framgår."* Till undvikande av varje missförstånd bör noteras att Vårdapoteket inte har för avsikt att anlita några underleverantörer för genomförande av någon del av det aktuella uppdraget samt att Vårdapoteket i sitt anbud inte heller givit uttryck för någon sådan avsikt.

ApoEx anför vidare bland annat följande.

Vårdapoteket anför att förvaltningsrätten inte ska pröva om ApoEx anbud uppfyller alla skall-krav i upphandlingen, utan att prövningen endast ska avse påstådda brister i Vårdapotekets anbud, till följd av kammarrättens beslut i mål nr 3427-13. Av kammarrättens beslut framgår dock att det är nödvändigt att fastställa om Vårdapoteket är skadelidande i LOU:s mening och att målet därför ska återförvisas för prövning av även ApoEx invändning om att Vårdapoteket inte uppfyllt upphandlingens skall-krav avseende åtagande från underleverantörer. För att det ska kunna utredas om Vårdapoteket kan anses lida skada av Landstingets beslut att tilldela ApoEx avtal, d.v.s., om Vårdapoteket ska få bifall till sin ansökan om överprövning, krävs att förvaltningsrätten gör en prövning av om ApoEx anbud uppfyller kraven. Vidare framgår av HFD 2013 ref. 36 att en förvaltningsdomstols avgörande i mål om överprövning av offentlig upphandling inte vinner negativ rättskraft och förvaltningsrättens dom i mål nr 440-13 hind-

rar därför inte att en ny fullständig prövning av omständigheterna i målet görs. Avslutningsvis anser ApoEx att Vårdapotekets IT-system behöver ändras, utvecklas eller anpassas för att uppfylla kraven i bland annat 3.12.2 elektronisk handel.

Mål nr 5451-13 och 5474-13

Landstinget utvecklar skälen för beslutet att avbryta upphandlingen och anför bland annat följande.

Av beslutet framgår att upphandlingen avbrutits till följd av väsentlig förändring av upphandlingsföremålet och förutsättningarna för anbudsgivningen. Förfrågningsunderlaget som legat till grund för anbudsgivningen återger inte, sedan förutsättningarna ändrats, de villkor som kontraktet måste reglera vid inköp av tjänsten. Kontrakt kan inte tecknas på tidigare angivna förutsättningar. De väsentliga förändringarna består i dels att deltjänsten läkemedelsservice, genom beslut i sjukhusens ledning, utökats i väsentlig mån, vilket medför att annan deltjänst minskas vilket i sin tur påverkar ersättningsnivån till leverantören och därmed förutsättningarna för anbudsgivningen då olika anbudsgivare prissatt de olika deltjänsterna olika, dels att Landstinget inte kan tillhandahålla beställningssystem enligt en i förfrågningsunderlaget givna förutsättning till tjänsten. Vidare föreligger oklarhet i förfrågningsunderlaget såvitt gäller ett centralt avtalsvillkor av lokaliseringen av verksamheten. Det har inte gjorts gällande att de tre angivna omständigheterna i avbrytandebeslutet var och en utgör sakligt godtagbart skäl. Att förvaltningsrätten tidigare funnit att utökad läkemedelsservice ensamt inte utgjort sakligt godtagbart skäl för avbrytande skall därför inte beaktas. Enligt Landstingets mening utgör det faktum att den grundläggande förutsättningen för anbudsgivningen att beställnings system skulle tillhandahållas förändras ensamt väsentlig förändring men under alla omständigheter utgör emellertid samtliga omständigheter tillsammans väsentlig förändring av upphandlingsföremålet, vilket medför att kontrakt inte kan tecknas. Under 2013 och efter tilldelningsbeslutet har det visat sig att Landstingets beställningssystem haft ett flertal brister av sådan allvarlig karaktär att Landstinget nödgats fatta beslut om att beställningssystemet inte längre ska användas. Detta har inte varit möjligt för Landstinget att förutse i samband med inledandet och genomförandet av upphandlingen och är således inte att betrakta som en följd av bristande planering. Systemet har visat sig orsaka omfattande störningar och ett oerhört svårt och ingripande beslut att avveckla IoF har därför fattats den 11 september 2013. Det beslutet har inte haft någon koppling till det första avbrytandebeslutet såvitt gäller läkemedelsförsörjningen. Att frågan inte uppkommit tidigare under processen är en följd av att problemens omfattning i IoFsy-

stemet måst utvärderas och följas upp. Ett sådant beslut fattas inte med mindre än att det verkligen ses som en sista utväg. Landstinget har inte planerat dåligt, det är frågan om en systemleverans som inte hållit måttet som tvingat Landstinget att agera. Landstinget kommer inte heller inom skälig tid kunna ta fram, inklusive att upphandla, ett nytt eget beställningssystem för användning i tjänsten. Systemet måste vara integrerat och testkört och klart vid ingångsättning av läkemedelsförsörjningen, vilket gör att beställningssystem och läkemedelsservice inte kan hanteras separat. Landstinget anser med nödvändighet att en och samma leverantör ska sköta läkemedelsförsörjningen och beställningssystem för tjänsten när det i dagsläget inte finns något befintligt eget system hos Landstinget. Förutsättningen för vilken part som ska tillhandhålla system för beställning till tjänsten är en väsentlig förändring. Det är ett omfattande utvecklingsarbete som måste till för att få denna mycket centrala del av läkemedelsservicen att fungera. Utvecklingsarbete, anpassningar och test måste genomföras i samband med införandet av läkemedelsförsörjningen. Det är inte frågan om ett standard-system som enkelt går att beställa och sätta istället för IoF. Förutsättningen i upphandlingen att Landstinget tillhandahåller beställningssystem brister därför. Leverantören av läkemedelstjänsten kommer således att behöva tillhandahålla beställningssystem, vilket inte funnits angivet i förfrågningsunderlaget. Leverantörerna har såvitt känt olika system med olika grader av utveckling och omfattning. Nya skall-krav med anledning av detta beställningssystem kommer vidare att tillkomma, vilket medför en väsentlig förändring av kontraktsvillkoren i sig. Det blir kritiskt hur leverantörens beställningssystem ser ut ifråga om tillgänglighet, användarvänlighet och kapacitet/prestanda.

Vårdapoteket anför bland annat följande.

Av Landstingets svaromål kan man få uppfattningen att det är fråga om en kombinerad upphandling av läkemedelsförsörjning och IT-tjänster. Det är emellertid inte korrekt. Upphandlingen avser endast läkemedelsförsörjning. En annan sak är att de flesta beställare av de flesta typer av tjänster använder sig av någon form av IT-stöd som har koppling till de tjänster som upphandlas. Så är det även i nu aktuellt fall. Landstinget har därför uppställt krav på att leverantörens läkemedelsförsörjningstjänster ska kunna anpassas till det beställningssystem Landstinget använder sig av. Det förtydligas att upprepas att det inte närmare anges vilket system Landstinget avser att använda eller hur detta är beskaffat. Tvärtom lämnas detta öppet, vilket är vanligt vid denna typ av upphandlingar. Av frågorna 47-48 i Frågor & Svar framgår dessutom dels att Landstingets beställningssystem inte är färdigutvecklat, dels att Landstinget avser att ersätta leverantören för eventuella utvecklingskostnader hos denne. Detta är således i sig inte någon ny omständighet. Det bör noteras att Vårdapoteket i dagsläget har kontrakt med sex landsting/regioner, till vilka Vårdapoteket levererar läkeme-

delsförsörjningstjänster av samma typ som efterfrågats av Landstinget i upphandlingen. Det är inte ovanligt att upphandlande myndigheter utvecklar eller byter beställningssystem under pågående avtalsperioder avseende läkemedelsförsörjning. Vårdapoteket har egen erfarenhet av sådana systembyten vid andra landsting och ser inte några problem med detta. Det är enligt Vårdapotekets erfarenhet inte heller ovanligt att olika system används för olika delar av de tjänster Vårdapoteket tillhandahåller, vilket inte heller det har någon större påverkan på de tjänster som tillhandahålls av Vårdapoteket. Det kan också noteras att förfrågningsunderlaget anger att beställningar kan ske på olika sätt och att det inte är givet att beställningar kommer genom ett elektroniskt system. Vårdapoteket kan för sin del hantera beställningar som görs via andra elektroniska beställningssystem eller på annat sätt än genom ett elektroniskt system, vilket också varit en förutsättning i upphandlingen. Mot bakgrund av att Landstinget valt att upphandla läkemedelsförsörjningstjänster respektive IT-tjänster separat är valet av beställningssystem ett förhållande på Landstingets sida som inte påverkar upphandlingen av läkemedelsförsörjningstjänster. Det är Landstinget som valt att från början göra denna uppdelning. Att Landstinget nu överväger att istället upphandla dessa tjänster gemensamt och av samma leverantör kan inte utgöra ett sakligt godtagbart skäl för avbrytande. Det saknar vid en sådan bedömning betydelse ifall en gemensam upphandling av tjänster vid en objektiv bedömning skulle anses vara bättre. Det omvända förhållandet skulle leda till ett absurt resultat nämligen att alla upphandlingar kunde avbrytas med hänvisning till att den upphandlande myndigheten beslutat att kombinera den aktuella upphandlingen med en annan upphandling.

ApoEx anför bland annat följande.

Landstinget har inte närmare definierat på vilket sätt läkemedelsservicen ska utökas i väsentligt mån, men såvitt ApoEx förstår är detta i allt väsentligt samma skäl för avbrytande som Landstinget har anfört som skäl för att avbryta upphandlingen tidigare. Förvaltningsrätten har i mål nr 2622-13 ansett att detta skäl inte utgjort laglig grund för att avbryta upphandlingen. Av samma skäl anser ApoEx att det nuvarande skälet för avbrytande inte är acceptabelt. Denna grund för avbrytandet är därmed inte saklig. Därtill framgår av rättspraxis att det visserligen utgör skäl att avbryta en upphandling om förutsättningarna för upphandlingen förändrats väsentligt. De skäl som godkänts i praxis är att avbrytande endast får ske om förutsättningarna för en upphandling ändrats på ett fundamentalt sätt. I detta fall innebär de ändringar som Landstinget hänvisar till i beslutet inte några praktiska skillnader för anbudena. Denna grund för avbrytandet är därmed inte saklig. Vidare anser Landstinget att det finns oklarheter avseende avtalsvillkor av lokaliseringen av verksamheten. Detta skäl utvecklas dock inte över huvud

taget. Som framgår av exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 november 2006 i mål nr 5375-0 6 är oklarheter i förfrågningsunderlaget typiskt sett inte något som motiverar att en hel upphandling avbryts, och framför allt inte i förevarande fall där Landstinget inte ens har angett på ett tydligt sätt hur villkoret avseende verksamhetens lokalisering är otydligt. Denna grund för avbrytandet framstår därför som en ren efterhandskonstruktion. Dessutom anser Landstinget att leverantörerna efter september 2013 måste tillhandahålla eget beställningssystem, IoF, eftersom Landstinget inte längre kan tillhandahålla detta. Landstinget menar att eftersom systemet är verksamhetskritiskt måste ett stabilt och pålitligt system finnas vilket medför att skall-krav och kontraktsvillkor måste införas bl.a. rörande systemets kapacitet och pålitlighet. Därtill måste sanktioner enligt Landstinget kopplas till systemet. ApoEx betvivlar inte att Landstinget har behov av ett beställningssystem. Dock finns det inget som hindrar att Landstinget genomför en separat upphandling av systemet i fråga. Uppenbarligen finns det inga krav på att beställningssystemet nödvändigtvis måste tillhandahållas av samma leverantör som utför tjänsterna som omfattas av upphandlingen, eftersom Landstinget ursprungligen hade tänkt tillhandahålla systemet. På motsvarande sätt skulle en leverantör av läkemedelsförsörjnings- och farmaceutiska tjänster kunna använda sig av en annan leverantörs beställningssystem.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

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. I 9 kap. 8 § LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får också begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Förvaltningsrättens bedömning

Mål nr 5156-13

Då något lagakraftvunnet beslut om avbrytande av upphandlingen inte föreligger finner förvaltningsrätten att det saknas skäl att bifalla Landstingets yrkande om att målet ska avskrivas.

Som anförts har kammarrätten återförvisat målet för prövning av om Vårdapoteket uppfyllt upphandlingens skall-krav avseende åtagande från underleverantör. En fråga i anledning av detta uttalande är då om förvaltningsrätten nu är bunden av sin tidigare bedömning att ApoEx inte uppfyller skallkraven beträffande underleverantörer eller om förvaltningsrätten har att göra en förutsättningslös prövning av Vårdapotekets ansökan om överprövning. Som ApoEx anför framgår av HFD 2013 ref. 36 att en förvaltningsdomstols avgörande i ett upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen. Detta gäller emellertid för lagakraftvunna domar och kan inte direkt jämföras med nu aktuell situation där kammarrätten återförvisat ett mål utan annan bedömning än att förvaltningsrätten borde ha prövat om Vårdapoteket riskerat att lida skada. Enligt förvaltningsrättens mening bör målet även med beaktande av kammarrättens något begränsande uttalande prövas förutsättningslöst eftersom det inte föreligger något ställningstagande från kammarrättens sida i frågan om ApoEx uppfyller ställda skallkrav eller inte.

Beträffande frågan om ApoEx uppfyller skall-kravet i 1.3.4.4. om underleverantörer så är det ostridigt och framgår av mål nr 440-13 att ApoEx vid anbudstidens utgång inte haft något uttryckligt åtagande från underleverantören Oriola och inte angett det bolagets organisationsnummer. Vidare har förvaltningsrätten i mål nr 440-13 konstaterat att invändningen om att kravet tagits bort genom Landstingets svar på fråga 50 under anbudstiden inte kan godtas då detta svar endast gäller leverans av transporter.

ApoEx har med hänvisning till EU-domstolens dom i mål C-336/12 gjort gällande att en upphandlande myndighet får begära att en anbudsgivare, efter anbudstidens utgång, kommer in med bevis avseende anbudsgivarens situation som saknats i anbudet om det inte angetts uttryckligen i förfrågningsunderlaget att avsaknad av denna information skulle medföra att anbud förkastades samt att det i förfrågningsunderlaget inte framgår att anbud som saknar åtagande eller motsvarande för underleverantörer kommer att förkastas. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att EU-domstolens dom avser komplettering med uppgifter som förelegat vid anbudstidens utgång, vilket inte kan jämföras med att komplettera med ett efterfrågat åtagande som inte funnits vid nämnda tidpunkt och att en sådan komplettering strider mot 9 kap. 8 § LOU. Dessutom framgår av 1.4.2. i förfrågningsunderlaget att anbud som inte uppfyller alla skall-krav kommer att förkastas och inte gå vidare till utvärdering av anbud. Med hänvisning till vad som anförts finner förvaltningsrätten att det saknas skäl att ändra bedömningen i mål nr 440-13 om att ApoEx inte uppfyller det aktuella skall-kravet och frågan är då om Vårdapoteket har riskerat att lida skada till följd av att Landstinget antagit ApoEx som leverantör.

ApoEx har i huvudsak anförts att Vårdapoteket genom att anlita underleverantör för att uppfylla upphandlingens krav på leverantörens IT-system och att anbudet saknar uppgift om denna underleverantör inte har uppfyllt ovan nämnda skall-krav i 1.3.4.4. samt att begreppet underleverantör preciseras i

3.8 i mallen för upphandlingskontrakt. Vidare synes ApoEx göra gällande att det av Vårdapoteket använda IT-systemet inte uppfyller de krav som kan ställas för att fungera tillsammans med Landstingets system. Enligt förvaltningsrättens mening är en leverantörs samarbetspartner avseende IT-system till sin karaktär inte att anse som underleverantör i en upphandling om inte föremålet om upphandlingen avser just IT-system, till exempel leverans eller utvecklande av IT-system. Förvaltningsrätten finner att det i den nu aktuella upphandlingen inte framkommit skäl att bedöma det så att Vårdapoteket ska anlita underleverantör i den meningen att uppgift om detta skulle lämnas enligt 1.3.4.4. Inte heller beträffande utveckling eller anpassning av IT-systemet har det framkommit att förfrågningsunderlaget på något sätt kan uppfattas så att detta är föremål för kvalificering eller utvärdering. Kravet på nödvändig anpassning och funktionalitet i förhållande till av Landstinget använt system får i stället ses som en utförande-fråga som regleras inom ramen för eventuellt tecknat kontrakt. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att Vårdapoteket genom att uppfylla ställda skall-krav har riskerat att lida skada då Landstinget antagit ApoEx som leverantör. Vårdapotekets ansökan om överprövning ska därför bifallas på sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom att anbudet från ApoEx inte ska beaktas.

Mål 5451-13 och 5474-13

I dessa mål är frågan om Landstinget numera har sakliga skäl för att avbryta upphandlingen i enlighet med beslutet den 5 december 2013. Som anförts har förvaltningsrätten tidigare i en sedan den 19 december 2103 lagakraftvunnen dom funnit att Landstinget inte haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen på grund av utökningen av deltjänsten läkemedelsservice. Landstinget har i avbrytandebeslutet och i yttrande anført att de tre åberopade omständigheterna för avbrytande tillsammans utgör sakliga skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening är

omständigheterna alltför olikartade för att en samlad bedömning ska kunna göras och förvaltningsrätten finner därför att omständigheterna får prövas var för sig. Det föreligger då en lagakraftvunnen bedömning att sakliga skäl saknas beträffande läkemedelsservice och som ApoEx anført har Landstinget inte närmare redovisat på vilket sätt oklarheter i förfrågningsunderlaget utgör sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Mot den bakgrunden blir frågan i dessa mål om de åberopade omständigheterna kring IT-systemet IoF utgör sakliga skäl för avbrytande.

Enligt förvaltningsrättens mening är det anmärkningsvärt att Landstinget i oktober 2012 inlett den aktuella upphandlingen och fattat tilldelningsbeslut i januari 2013 för att sedan den 5 december 2013 besluta att avbryta upphandlingen efter att förvaltningsrätten funnit brister i tilldelningen och underkänt ett tidigare beslut att avbryta upphandlingen. Avbrytandebeslutet har dessutom fattats närmare tre månader efter att Landstinget beslutat att avsluta projektet IoF. Under dessa förhållanden anser förvaltningsrätten att det ställs höga krav på Landstinget att visa att det inte funnits något mindre ingripande alternativ att hantera bristerna i IT-systemet IoF än att avbryta upphandlingen. Detta då anbudsgivarna kan antas ha lagt ned betydande arbete och resurser på att lämna konkurrenskraftiga anbud och haft befo- gade förväntningar på att den leverantör som avgett det förmånligaste anbudet också skulle tilldelas uppdraget.

Som Vårdapoteket och ApoEx anført framgår det inte av förfrågningsunderlaget att leverantören ska kunna ansluta till ett visst IT-system. Däremot anges i kravspecifikationen 2.1.1 bland annat att leverantören ska vara beredd att under en införandeperiod använda reservrutin om problem med ordinarie system uppstår. Även om det kan ifrågasättas att systemet IoF varit så bristfälligt att det efter en längre tids användning måste avvecklas över en natt anser förvaltningsrätten att det i och för sig kan anses vara upp till Landstinget som upphandlande myndighet att avgöra vilket IT-system

man vill använda för det aktuella uppdraget. Frågan är emellertid om Landstinget utan mycket starka skäl måste avbryta upphandlingen för att upphandla läkemedelsservice och ett nytt IT-system tillsammans. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit att det skulle vara omöjligt eller olämpligt att i den uppkomna situationen lösa IT-problemet med anlitan av en leverantör som upphandlas särskilt eller under en övergångsperiod kunnat använda IoF. Det bör också framhållas att beslutet att avveckla IoF fattats den 11 september 2013 och att avtalet med nästa leverantör avsetts börja tillämpas från och med april 2014 då leverantören som anförts skulle vara beredd att under en införandeperiod använda reservrutin om problem med ordinarie system skulle uppstå. Förvaltningsrätten anser därför att Landstinget sammantaget haft gott om tid att försöka komma tillrätta med IT-problematiken och att Landstinget inte visat att avbrytande av upphandlingen varit det enda realistiska alternativet. Under dessa förhållanden finner förvaltningsrätten att Landstinget inte visat att det föreligger sakliga skäl för beslutet den 5 december 2013 att avbryta upphandlingen. 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. Genom bedömningen i mål nr 5156-13 har ApoEx däremot inte riskerat att lida skada och det bolagets ansökan ska därför avslås.

ÖVERKLAGANDE

Denna dom kan överklagas. Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).



Bo Forsberg



SVERIGES DOMSTOLAR

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. 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 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.