



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2016-11-10
Meddelad i
Växjö

Mål nr
361-16, 362-16, 363-16, 365-
16, 378-16, 379-16, 384-16,
385-16, 397-16 och 398-16

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson och Jur.kand. Sofia Falkner
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

2. Apoteket AB, 556138-6532
Box 3001
169 03 Solna

Ombud: Advokat Carl Bokwall
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funcgens gränd 1
111 27 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2016-11-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Landstinget Blekinge, 232100-0081
2. Landstinget i Kalmar län, 232100-0073
3. Region Kronoberg, 232100-0065
4. Region Jönköpings län, 232100-0057
5. Östergötlands läns landsting, 232100-0040

Ombud för 1, 3–5: Landstinget i Kalmar län
Upphandlingsenheten
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Apoteket AB:s ansökan och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 131006

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	Telefax 0470-255 02	Expeditionstid måndag -- fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	-------------------------------	--

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM

361-16, 362-16, 363-
16, 365-16, 378-16,
379-16, 384-16, 385-
16, 397-16 och 398-16

Förvaltningsrätten avslår Svensk Dos AB:s ansökan.

YRKANDEN M.M.

Landstinget Blekinge, Landstinget i Kalmar län, Region Kronoberg, Region Jönköpings län och Östergötlands läns landsting (KKBÖJ) genomför i samverkan en upphandling av maskinell dosdispensering och dosexpediering av ordinerade läkemedel i öppenvård (diarienummer 150001-A79). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU med lägsta pris som tilldelningsgrund. KKBÖJ har i tilldelningsbeslut som meddelats anbudsgivarna den 22 januari 2016 antagit det anbud som lämnats av Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst).

Apoteket AB (Apoteket) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Svensk Dos AB (Svensk Dos) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Apotekstjänst anbud ska uteslutas vid en ny utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

KKBÖJ motsätter sig bifall till ansökningarna.

VAD PARTERNA ANFÖR*Apoteket*

Apoteket åberopar bl.a. följande.

Otydligt förfrågningsunderlag

Förfrågningsunderlaget har varit otydligt avseende de uppställda obligatoriska kraven med följden att anbudsgivarna lämnat anbud baserat på olika

förutsättningar. Förfrågningsunderlaget har därmed inte uppfyllt kravet på förutsägbarhet och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Enligt punkt 1.3 i Kravspecifikationen omfattar den upphandlande tjänsten maskinell dosdispensering samt dosexpediering med leverans och utlämning i apotek eller andra utlämningsställen. Kravet anger även att läkemedel som ingår i patientens dos men som inte kan dosdispenseras *ska vara möjliga att leverera i originalförpackningar tillsammans med ordinarie dos*. Detta gäller exempelvis läkemedel som är kylvaror. I punkt 2.6.5 i Kravspecifikationen anges att *leverantören ska åta sig att leverera kylvaror samtidigt med andra varor*. Apotekstjänst har i sitt anbud angett att *utlämningsställen expedierar kylvaror till patienterna* samt att *inga kylvaror distribueras till apoteken*. Bolaget har enligt förhandlingsprotokollet från anbudsgenombgången förtydligat att *för kylvaror menas, att ett effektivare logistikflöde ges, när Apotekstjänst inte levererar kylvaror från sig till apotekens utlämningsställen när dessa varor redan finns hos dessa*. Apotekstjänsts anbud omfattar därmed inte leverans av kylvaror som ingår i patientens dos till de utlämningsställen som är apotek i de fall utlämningsapoteket har kylvaran i lager.

Läkemedelsverkets definition av begreppet dostjänst, som utgör själva föremålet för den aktuella upphandlingen, omfattar tillhandahållande av maskinellt dosdispenserade läkemedel och system för ordination och dispensering av läkemedel i originalförpackning. Tillhandahållande av originalförpackade läkemedel, t.ex. kylvaror, ingår i begreppet dostjänst och den vedertagna definitionen har legat till grund för Apotekets uppfattning av uppdraget och tolkning av kraven i punkterna 1.3 och 2.6.5 i Kravspecifikationen. Apoteket har uppfattat kraven i punkterna 1.3 och 2.6.5 på så sätt att dosleverantören ska expediera och leverera kylvaror samtidigt som dosförpackade läkemedel i alla fall då patienten beställt kylvaror från dosleveran-

tören samt att dosleverantören inte får hänvisa patienterna till ett öppenvårdsapotek för beställning av kylvaror. I efterhand kan konstateras att formuleringen i punkt 1.3 i Kravspecifikationen även skulle kunna tolkas som att det inte är ett absolut krav att alltid samleverera samtliga läkemedel, dvs. både de som måste dosdispenseras och de som måste levereras i sin originalförpackning. Detta eftersom kravet anger att de läkemedel och övriga produkter som inte kan dosdispenseras ska *vara möjliga* att leverera i originalförpackning tillsammans med ordinarie dosleverans. Det faktum att KKBÖJ, Apoteket och Apotekstjänst, samt den tredje anbudsgivaren Svensk Dos, för fram vitt skilda och utvecklade uppfattningar om hur kraven i 1.3 och 2.6.5 ska förstås talar för att förfrågningsunderlaget är motstridigt i dessa delar på ett sätt som inte är förenligt med transparensprincipens krav på tydlighet.

När Apotekstjänst inte expedierar eller levererar någon originalförpackning, utan hänvisar till ett öppenvårdsapotek är det också öppenvårdsapoteket som expedierar läkemedlet. Därmed ingår dessa läkemedel inte i Apotekstjänst leverans eller i bolagets ansvar utan ingår i det expedierande och utlämnande apotekets ansvar. Det är på detta vis Apoteket idag levererar dosdispenserade läkemedel, inklusive kylvaror, till patienter inom landstingen. Syftet med denna ordning är att säkerställa en sammanhållen utlämning av samtliga de läkemedel som ingår i en patients dos och att detta levereras vid samma tillfälle. Av anbudet framgår inte att man avser att underlåta samleverans av expedierade dosdispenserade läkemedel och kylvaror. En patient kan inte hämta ut sina läkemedel samlat om inte dosleverantören expedierar och samlevererar kylvarorna. Apotekstjänst kan inte garantera att kylvaran finns tillgänglig hos öppenvårdsapoteket, eftersom Apotekstjänst inte kan reservera kylvaror utan avtal om detta. Apotekstjänst tar heller inget farmaceutiskt ansvar för de kylvaror som ingår i patientens dosföreskrivning eftersom expedieringen av kylvaran lämnas över till öppenvårdsapoteket. Le-

veransflödet innebär därför helt andra förutsättningar för patient och vårdpersonal att erhålla dosförskrivna läkemedel. Apoteket har inte haft anledning att ställa frågor om kraven. Kravet på att kylvaror ska levereras med dosdispenserade läkemedel innebär att i princip samtliga leveranser måste innehålla kylvaror vilka kräver särskilda emballage som är dyra. Dessutom måste kylvarorna hållas kylda före och efter leverans. Kylvaror medför en fördyrande hantering av merparten av leveranserna. Utan samleverans med kylvaror minskar riskerna för förseningar och felexpedieringar och därmed för viten. Om det framgått av förfrågningsunderlaget att vissa kostnader och risker kunnat undvikas hade Apoteket inte behövt kalkylera med onödiga kostnadsdrivande faktorer som hämmar konkurrensförmågan.

Att kravet har kunnat uppfyllas på olika sätt har medfört att anbudsgivarna lämnat anbud baserat på olika förutsättningar med följderna att anbuden omfattar olika tjänster. Oklarheterna är inte av sådan ringa art att de kan godtas och det kan tvärtom antas att otydligheterna inverkat på anbudsgivarnas möjlighet att lämna ett ändamålsenligt och konkurrenskraftigt anbud. Eftersom att anbudsgivarna har baserat sina anbud på materiellt olika förutsättningar är anbuden inte jämförbara. Att obligatoriska krav rymmer så pass olika innebörd är inte förenligt med det krav på tydlighet som följer av transparensprincipen. Till skillnad från utvärderingskriterier, som kan ge anbudsgivarna olika sätt att lösa uppdraget, ska ett obligatoriskt krav vara entydigt och inte ge upphov till olika tolkningar. KKBÖJ ifrågasatte Apotekstjänstens anbud men godtog bolagets förtydliganden. Mot bakgrund av hur kravet är formulerat, hur tjänsten hanteras idag samt hur de övriga anbuden är utformade skulle KKBÖJ ha klargjort för övriga anbudsgivare att det inte var ett absolut krav att alltid samleverera kylvaror. Hade detta skett eller om kravställningen varit tydligare från början hade Apotekstjänst kunnat erbjuda en mindre kostsam tjänst och därmed ett lägre anbudspris. Apoteket har därmed lidit eller riskerat att lida skada av den tvetydiga kravställningen.

Ramavtal med för lång löptid

Förevarande upphandling liknar i allt väsentligt den i Kammarrätten i Stockholms avgörande den 24 mars 2016, mål nr 7754-15. Kammarrätten fann att upphandlande landsting (7-klövern) inte åtagit sig att anskaffa en viss prestation mot viss ersättning. Den prestation som efterfrågades var inte bestämd på förhand och 7-klövern var heller inte förpliktigad att i viss utsträckning efterfråga den upphandlade tjänsten. Kammarrätten ansåg att varje enskild förskrivning av läkemedel på dosrecept skulle ses som en tilldelning av kontrakt avseende den upphandlade tjänsten och att kontraktet utgjort ett ramavtal. Villkoren i aktuell upphandling är i det närmsta identiska med villkoren i 7-klövern's upphandling. I Kravspecifikationen framgår uppgifter om nuvarande volym för att definiera avtalets omfattning. Det anges också att någon volymgaranti inte lämnas.

Det kan inte anses föreligga särskilda skäl för en avtalstid på sex år varför ramavtalets avtalstid inte är förenligt med 5 kap. 3 § LOU. Avtalet har en obligatorisk löptid på tre år och medger förlängning med ytterligare tre år. Det är den totala möjliga avtalstiden som ska prövas eftersom det huvudsakliga skälet till att begränsa ett ramavtals löptid till fyra år är att förhindra konkurrensbegränsning under allt för lång tid. En längre avtalstid än fyra år innebär risk för konkurrensbegränsning och konkurrenssnedvridning, varför de aktörer som inte erhållit ramavtal, däribland Apoteket, riskerar att lida skada. Eftersom upphandlingsfelet inte kan läkas genom rättelse ska upphandlingen, även på denna grund, göras om.

Svensk Dos

Svensk Dos, som anser att upphandlingen inte avser ett ramavtal, åberopar bl.a. följande och för en omfattande argumentation.

Uppfylld av de obligatoriska kraven

Upphandlingen har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att KKBÖJ har utvärderat och beslutat att tilldela Apotekstjänst kontraktet, vars anbud dels innehåller en klar reservation mot föremålet för upphandlingen och dels inte uppfyller de obligatoriska kraven. Vid en korrekt utförd kvalificering skulle Apotekstjänsts anbud ha diskvalificerats varvid Svensk Dos rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet. Eftersom Svensk Dos, som har lämnat det näst lägsta priset, har fråntagits möjligheten att rätteligen utses till leverantör har Svensk Dos lidit skada. Det finns därför grund för rättelse.

Apotekstjänst har i sitt anbud uttryckligen angett att *utlämningsställen expedierar kylvaror till patienterna. Apotekstjänst distribuerar inga kylvaror till apoteken.* Skrivningen utgör en uttrycklig och klar reservation mot kravet i Kravspecifikationen punkt 1.3 om att *förskrivna läkemedel och övriga förskrivna produkter som inte kan dosdispenserars ska vara möjliga att leverera i originalförpackning tillsammans med ordinarie dosleverans.* Originalförpackningar ska kunna beställas utanför ordinarie leverans. Kylvaror utgör förskrivna produkter som inte kan dosdispenserars, t.ex. insulin. Apotekstjänst har enligt upphandlingens omfattning en skyldighet att expediera/leverera kylvaror. Kravspecifikationen kan inte tolkas på annat sätt än att annan leverans än direktleveras avser leverans till överenskommet utlämningsställe. Vad som anges i Kravspecifikationen om att leverantören ska åta sig att leverera kylvaror samtidigt med andra varor, kan av en normalt omsorgsfull anbudsgivare inte tolkas på annat sätt än att anbudsgivaren

ska åta sig att leverera kylvaror, tillsammans med dosdispenserade läkemedel och övriga varor till utlämningsställen, och i förekommande fall apotek.

Apotekstjänst anbud är därmed inte förenligt med förfrågningsunderlaget. Anbudet skulle rätteligen ha diskvalificerats eftersom anbudet inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav. Den upphandlande myndigheten får inte efterge eller bortse från obligatoriska krav. Om detta ändå sker bryter myndigheten mot likabehandlingsprincipen i förhållande till anbudsgivare som uppfyller de obligatoriska kraven.

KKBÖJ har uppmärksammat den aktuella skrivningen i Apotekstjänsts anbud och har frågat Apotekstjänst, vad som menas med att inga kylvaror distribueras till apoteken. Till protokoll från anbudsgenomgången har förts att *ett effektivare logistikflöde ges när Apotekstjänst inte levererar kylvaror från sig till apotekens utlämningsställen, när dessa varor finns hos dessa.* Apotekstjänst har i e-postmeddelande angivit bl.a. följande. *När det gäller kylvaror så kan vi, beroende på kundens val, självklart även leverera kylvaror via apotek.* Vad som upptagits i protokollet och vad som angetts i e-postmeddelandet har inneburit en förändring av Apotekstjänsts anbud. Förklaringen har utgjort en otillåten komplettering snarare än ett förtydligande. Den otillåtna kompletteringen har inneburit att Apotekstjänsts anbud blivit ett annat än det ursprungliga. Kompletteringen har inte kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det ursprungliga anbudet uppfyller inte samtliga obligatoriska krav och förklaringen utgör en otillåten komplettering.

Apotekstjänst anbud uppfyller inte kraven på miljöcertifiering. Apotekstjänst är inte miljöcertifierat eller likvärdigt. För att uppfylla kravet i punkt 3.7 i de Administrativa föreskrifterna har Apotekstjänst besvarat frågorna 1–4. Svaren hänvisar till Bonverkoncernens gemensamma miljöplan. Svensk

Dos ifrågasätter att Apotekstjänst haft möjlighet att åberopa Bonverkconcernens miljöplan för uppfyllande av krav som avsett Apotekstjänsts egen verksamhet. Krav på kvalitets- och miljöledningssystem utarbetas enligt praxis individuellt för det enskilda företaget.

Under punkt 3.3 i de Administrativa föreskrifterna anges att *om anbudsgivare avser att lägga ut vissa delar av upphandlingskontraktet på underleverantörer ska anbudsgivaren på begäran redovisa för hur anbudsgivaren förfogar över resurserna hos underleverantören. Det innebär att anbudsgivaren, på begäran, ska kunna inlämna/tillhandahålla relevant fakta som bevisar att kravet i förfrågningsunderlaget kommer att uppfyllas.* Apotekstjänst har angett ett flertal underleverantörer bl.a. Apoteket AB, Apotek Hjärtat AB, Kronans Droghandel Apotek AB, Admenta Sweden AB (Lloyds Apotek) och Apoteksgruppen i Sverige AB. Av Apotekstjänsts anbud framgår inte vilken del av upphandlingskontraktet som Apotekstjänst avser att överlåta på aktuella underleverantörer. Apotekstjänst har inte tillfrågat, i vart fall, Kronans Droghandel Apotek AB eller Apoteksgruppen i Sverige AB om tillgång till dessa bolags kapacitet som underleverantörer till Apotekstjänst. Formuleringen i de Administrativa föreskrifterna kan inte tolkas på annat sätt än att en anbudsgivare som åberopar annans kapacitet ska inneha åtagande från åberopad underleverantör redan vid tiden för anbudslämmandet. Detta oaktat att avtal eller annan bevisning på åtagandet ska lämnas först vid begäran. Det följer även av LOU att en leverantör vid behov och för ett bestämt kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet om leverantören kan visa att denne förfogar över de resurser som krävs. Syftet är att skapa förutsebarhet och säkerhet för att upphandlade tjänster verkligen kommer att utföras av leverantören och de åberopade underleverantörerna. Apotekstjänst har omöjligen kunnat uppfylla kravet på att vid anmodan redovisa hur de förfogar över

resurser hos underleverantörer som är nödvändiga för att uppfylla eventuellt kontrakt.

Otydligt förfrågningsunderlag

Förfrågningsunderlaget är, i den del det omfattar föremålet för upphandlingen, otydligt och står i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Otydligheterna har lett till att anbudsgivarna lämnat anbud baserat på olika förutsättningar. Den påverkan som kravet på leverans av kylvaror har på anbudspriset är väsentlig. Hade det av underlaget för upphandlingen tydligt framgått att det varit möjligt för anbudsgivare att själv avgöra huruvida kylvaror expedieras eller inte hade Svensk Dos anbud sett annorlunda ut. Detta har påverkat anbudspriserna eftersom hantering och transport av kylvaror är mer kostnadsdrivande än hantering av övriga varor. Den bristande transparensen har drabbat det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen ska göras om. Genom otydligheterna i förfrågningsunderlaget har Svensk Dos inte haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Svensk Dos har därigenom fråntagits möjligheten att utses till leverantör och har därför lidit eller kunnat komma att lida skada på det sätt som anges i 16 kap. 6 § LOU.

KKBÖJ

Obligatoriska krav

Apotekstjänsts anbud uppfyller samtliga uppställda obligatoriska krav och innehåller inte någon reservation mot föremålet för upphandlingen.

Apotekstjänst tillämnar tre flöden för dosleveranser; a) direktleverans, b) leverans via underleverantör (ombud) och c) leverans via underleverantör (apotekskedja). Vid direktleverans expedieras och skickas dosdispenserade

läkemedel och läkemedel i originalförpackning, inbegripet kylvaror, från Apotekstjänst direkt till patienten. Vid leverans via underleverantör (ombud) expedieras och skickas dosdispenserade läkemedel och läkemedel i originalförpackning, inbegripet kylvaror, från Apotekstjänst till ett ombud som Apotekstjänst träffat avtal med. Ombudet lämnar i sin tur ut varorna till patienten. Vid leverans via underleverantör (apotekskedja) expedieras dosdispenserade läkemedel hos Apotekstjänst och skickas till det lokala apotek som Apotekstjänst träffat avtal med. Eventuella kylvaror som beställts tillsammans med de dosdispenserade läkemedlen expedieras av det lokala apoteket i samband med att de dosdispenserade läkemedlen lämnas ut till dosmottagaren. Den dosleverans som dosmottagaren erhåller är densamma oavsett vilket leveransflöde som tillämpas.

Förfrågningsunderlaget föreskriver inte hur anbudsgivaren ska uppfylla åtagandet. Apotekstjänst har i sitt anbud bekräftat att samtliga obligatoriska krav är uppfylla eller kommer att uppfyllas när det gäller krav på hur tjänsten ska utföras när avtalet börjar löpa. Att Apotekstjänst i anbudet, under rubriken *Kylvaror*, angett att *Apotekens utlämningsställen expedierar kylvaror till patienterna* samt att *Apotekstjänst distribuerar inga kylvaror till apoteken* kan rent semantiskt inte uppfattas som att Apotekstjänst inte avser uppfylla kravet på att leverera kylvaror samtidigt med leveransen av dosförpackningar. Oavsett vilket av de tre leveransflödena som tillämpas, levereras alltid eventuella kylvaror till dosmottagaren tillsammans med övriga dosdispenserade läkemedel. Apotekstjänsts skrivning beskriver hur leveransflödet fungerar när dosleverans sker genom en underleverantör som är ett lokalt apotek. I de fall dospatienten beställer kylvaror av Apotekstjänst tillsammans med sina dosdispenserade läkemedel expedieras dessa på Apotekstjänsts uppdrag av de lokala apoteken i samband med utlämning av resterande läkemedel (som expedierats vid Apotekstjänst egen anläggning). Skrivningen innebär inte någon reservation mot kravet att leverera kylvaror,

utan förklarar endast hur leverans av kylvaror sker i just det specifika leveransflödet. Det har inte uppställts något krav i förfrågningsunderlaget på att leverans måste ske via ett apotek. Undantaget direktleveranser, som är det vanligaste leveranssättet, kan leverans ske via vilket utlämningsställe som helst under förutsättning att detta godkänts av köparen. En leverantör som sluter kontrakt med en upphandlande myndighet ansvarar i enlighet med kontraktet för sina åtaganden gentemot myndigheten, även om denne anlitar underentreprenörer för fullgörande av kontraktet eller delar av det. Det står dessutom Apotekstjänst fritt att, liksom övriga anbudsgivare, anlita underleverantörer för fullgörande av åtagandena. Det finns i förfrågningsunderlaget inget krav på att utföra dosleveranser via lokala apotek.

Vad Svensk Dos anført om Apotekstjänsts anbuds uppfyllnad av kravet på miljöcertifiering tillbakavisas. Det aktuella kravet har bestått i att anbudsgivare som inte är certifierade ska beskriva hur företagets miljöarbete *kontrolleras och ständigt förbättras* genom att besvara fyra frågor. Det har således inte funnits anledning att bedöma huruvida Apotekstjänsts anbud uppfyllt kravet på att bolagets miljöarbete kontrolleras och ständigt förbättras utifrån svaren på frågorna. Kravet innebär alltså inte att frågorna måste besvaras på ett visst sätt. Av den åberopade miljöplanen framgår att den gäller för alla bolag inom Bonverkoncernen. Apotekstjänst ingår i Bonverkoncernen och har antagit den av koncernen utarbetade planen som sin egen och tillämpar miljöplanen i sin verksamhet. Apotekstjänst åberopar sin egen miljöpolicy. Utifrån de miljöaspekter som finns i Apotekstjänsts verksamhet har i miljöplanen angetts vilka principer som gäller för verksamheten och vilket miljöarbete som utförs. Uppställda miljömål framgår av miljöplanen. Apotekstjänst har i sitt anbud beskrivit hur bolagets miljöarbete kontrolleras och ständigt förbättras och har besvarat frågorna på ett fullgott sätt. Kravet är därmed uppfyllt.

Svensk Dos har anfört att Apotekstjänst åberopat underleverantörer utan deras vetskap och samtycke. Svensk Dos menar att kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet i de Administrativa föreskrifterna punkt 3.3 ska uppfattas så att en anbudsgivare som åberopar annan kapacitet ska innehålla åtagande från åberopad underleverantör redan vid tiden för anbudslämnande och att Apotekstjänst inte uppfyller kravet vid denna tolkning. Det finns inget utrymme att tolka kravet på detta sätt. Det skulle innebära att en anbudsgivare skulle behöva upphandla varje tjänst som leverantören köper för att kunna fullgöra sitt åtagande om denne tilldelas avtalet. Apotekstjänst uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet och har styrkt detta i sitt anbud. Uppgifterna i Apotekstjänsts anbud har jämförts med de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Någon längre gående skyldighet att kontrollera de uppgifter som lämnats av Apotekstjänsts anbud har inte förelagat.

Tillåten komplettering

Apotekstjänsts anbud har uppfyllt de obligatoriska kraven. Vad som förekommit vid anbudsgenomgången eller i övrigt efter inlämnandet av Apotekstjänsts anbud, kan inte innebära någon komplettering, än mindre en otillåten sådan. Förtydligandet innebär en förklaring av hur Apotekstjänsts leveransflöde vid utlämning via lokalt apotek går till och hur kravet på att patienten ska ha möjlighet att få kylvaror levererade samtidigt med andra varor uppfyllts. Förtydligandet har inte utgjort förutsättningar för att Apotekstjänsts anbud skulle anses uppfylla de obligatoriska kraven. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förarande. Upphandlingsformen medger förhandling. Sådana förhandlingar får avse alla avtalsvillkor, inklusive mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget, under förutsättning att detta inte innebär ändring av de grundläggande kraven. Upphandlande myndighet får också begära att en anbudssökande eller ett

anbud förtydligas eller kompletteras, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Tydligt förfrågningsunderlag

KKBÖJ tillbakavisar att kravet på leverans i originalförpackningar, inbegripet kylvaror, har varit otydligt och att detta har haft en påverkan på lämnade anbudspriser. Det är riktigt att kraven i 1.3. och 2.6.5 i Kravspecifikationen innebär att leverantören är skyldig att leverera de läkemedel som är kylvaror tillsammans med patientens övriga dosdispenserade läkemedel. Samtliga anbudsgivare har alltså uppfattat kravet på samma sätt. Förfrågningsunderlaget föreskriver inte hur anbudsgivaren ska uppfylla åtagandet. Apotekstjänst levererar läkemedel i originalförpackning tillsammans med ordinarie dosleverans. Kylvaror levereras samtidigt med patientens andra varor, oavsett vilket leveransflöde som tillämpas i det enskilda fallet.

Svensk Dos och Apoteket menar att den påstådda otydligheten består i att kravet skulle kunna tolkas som att det inte är absolut krav att alltid samleverera samtliga läkemedel. Kylvaror ska liksom övriga läkemedel, enligt kravet expedieras. Det måste ha varit helt klart för envar med rudimentär insikt i dosdispensering vad KKBÖJ velat åstadkomma är att patienten får originalförpackningen expedierad samtidigt med dosleveransen. KKBÖJ avser inte föreskriva att originalförpackningarna nödvändigtvis måste expedieras från dosapoteket och fraktas till det lokala apoteket där läkemedelen lämnas ut till patienten. Att Apotekstjänst i vissa situationer utför expediering via underleverantörer förändrar inte kravets innebörd, oavsett tolkning. Huruvida kravet skulle kunna tolkas som att det inte var ett absolut krav att alltid samleverera läkemedel saknar också betydelse, eftersom det av kravets ordalydelse direkt framgår att läkemedel ska vara möjliga att leverera i originalförpackningar tillsammans med ordinarie dosleverans. Att Apotekstjänst i vissa fall använder sig av underleverantörer för att utföra en del av

tjänsten är ett rent operativt och kommersiellt övervägande och följer inte av någon "omtolkning" av kravet.

Apotekstjänst tillämpar det i frågavarande leveransflödet i de landsting bolaget tilldelats kontrakt, vilket både Svensk Dos och Apoteket rimligen känner till. Apoteket har expedierat originalförpackningar åt Apotekstjänst under tre år via sina öppenvårdsapotek och är väl införstådda med hur kravet i upphandlingar har uppfattats. Svensk Dos ingår numera i samma koncern som Kronans Droghandel Apotek AB och har haft samma insikter som Apoteket. Om kravet var att uppfatta så att all expediering av läkemedeln måste ske från dosapotekets egen anläggning skulle inte heller Apoteket uppfylla kravet. Varken Apoteket eller Svensk Dos utför sina egna leveranser, utan anlitar, precis som Apotekstjänst, underleverantörer för detta. Om något varit oklart har det ålegat Svensk Dos och Apoteket att fråga om kravet. Det har varken Svensk Dos eller Apotekstjänst gjort. Genom att inkomma med anbud har Svensk Dos och Apoteket förklarat sig godkänna kravets utformning.

Svensk Dos och Apoteket har anfört att de kunnat erbjuda lägre priser för sina tjänster om kravet inte varit behäftat med den påstådda otydligheten. Detta är inte korrekt. Omfattningen av leveransen av kylvaror som sker via det leveransflöde där Apotekstjänsts expediering sker av det lokala apoteket på bolagets uppdrag är mycket liten. Den vinst som belöper på försäljningen av kylvarorna tillfaller inte Apotekstjänst utan det lokala apoteket/utlämningsstället. Möjligheten att tillämpa leveransflödet har de facto helt saknat betydelse för nivån på Svensk Dos och Apotekets anbudspris. Svensk Dos och Apotekets anbudspris kan inte ha påverkats av den påstådda otydligheten och har inte inneburit någon skada.

Inget ramavtal

Det upphandlade kontraktet utgör inget ramavtal. Bestämmelserna i 5 kap. LOU beträffande ramavtal är inte tillämpliga på det upphandlade kontraktet. Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myntigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och uppskattad kvalitet. Fråga om ett upphandlat kontrakt utgör ett ramavtal eller inte är beroende av de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet, varvid en bedömning ska göras utifrån de villkor som uppställts i kontraktet liksom den information som framgår av förfrågningsunderlaget. Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 7754-15, varigenom det kontrakt som upphandlats kvalificerats som ramavtal, är inte av avgörande betydelse för prövningen av huruvida KKBÖJ:s upphandlade kontrakt är att definiera som ramavtal eller inte. Det föreligger väsentliga skillnader mellan det kontrakt som upphandlats av 7-klövern och det som är föremål för aktuell upphandling. 7-klövern är ett större kluster än KKBÖJ och omfattar en geografiskt större yta än KKBÖJ. Antalet dospatienter inom 7-klövern är omkring 50 procent fler än de inom KKBÖJ. 7-klövern avsåg upphandla tjänsten och därefter teckna sju underliggande avtal; ett för varje landsting, vilket utgör en avgörande skillnad. Aktuell upphandling avser ett avtal för hela tjänsten. Kammarrätten fäste stort avseende vid att 7-klövern inte garanterat volymen för tjänsten. Att det uttryckligen angetts att volymen kunde öka, minska eller helt försvinna utan att detta skulle betraktas som ett avtalsbrott från 7-klöverns sida, har enligt kammarrättens mening ansetts vara ett riktmärke. Så förhåller det sig inte i aktuell upphandling. KKBÖJ har förvisso angett att någon volymgaranti inte lämnas, men i övrigt har några friskrivningar beträffande omfattningen av den upphandlade tjänsten inte gjorts. Omfattningen av leverantörens kontraktsåtagande är därmed förutsebar och på ett helt annat sätt än i Kammarrätten i Stockholms avgörande 7754-15. Den ersättning som leverantören erhåller per dosdispenserad enhet

är alltid densamma. I de mest väsentliga delarna av KKBÖJ:s kontrakt är leverantörens kontraktsåtagande på förhand känt. Leverantören har att utföra dostjänsten för de ca 30 000 dospatienter som är bosatta inom KKBÖJ. Denna del representerar ett väsentligt högre värde än den variation i levererade doser som kan förekomma under avtalstiden. Detta i förening med att KKBÖJ varken friskrivit sig för efterfrågade volymer som 7-klövern gjort, eller avsett upphandla flera underliggande avtal för respektive landsting, innebär att de regler som gäller för vanliga kontrakt ska tillämpas på upphandlingen. Ett kontrakt avseende utförande av upphandlande dostjänster är inte principiellt något ramavtal. Dostjänsten innebär att patients receptförskrivna läkemedel tas ut ur sina respektive originalförpackningar och ompackteras i s.k. dospåsar, där varje påse innehåller de tabletter och kapslar som patienten ska ta under ett dygn. KKBÖJ har en skyldighet att tillhandahålla den här tjänsten för sina invånare. Vilka som får sina läkemedel dosdispenserade bestäms av de läkare som förskriver läkemedlen. KKBÖJ finansierar dosdispenseringen. Dosapoteket utför dostjänsten för KKBÖJ:s räkning, inte för respektive patient. Den ersättning som dosapoteket erhåller för att utföra dostjänsten beräknas per dygnsdos och patient och motsvarar det pris som dosapoteken lämnar när dostjänsten upphandlas. Den s.k. dospengen är därmed alltid lika stor oavsett hur många läkemedel som dispenserar i respektive dospåse eller hur många dospåsar som dispenserar för respektive patient. Kammarrätten i Stockholm har felbedömt innebörden av "tilldelning av kontrakt" (avrop). Det sker inte någon tilldelning av kontrakt varje gång en läkare förskriver läkemedel på dosrecept och en sådan förskrivning utgör inget avrop. Varken förskrivande läkare eller den vårdinrättning där denne arbetar är part i det upphandlade kontraktet. Något kontrakt träffas aldrig mellan förskrivande läkare/vårdinrättningen och dosapoteket. Förskrivning av dosrecept är således endast en instruktion till dosapoteket att dispensera de läkemedel som förskrivits. Kontraktsförhållandet gäller enbart mellan upphandlande landsting och dosapoteket. Tillhandahållandet av dostjänsten

är en bestämd prestation och denna prestation utförs till en på förhand bestämd ersättning som är beroende på det antal dosdygn som leverantören producerar. Att leverantörens ersättning är rörlig baserat på antalet doser förändrar inte detta.

Särskilda skäl för längre avtalstid

För det fall det nu upphandlade kontraktet skulle anses vara ett ramavtal föreligger särskilda skäl att tillämpa en avtalstid längre än fyra år. Det kontrakt som KKBÖJ upphandlar har en obligatorisk avtalstid om tre år med möjlighet till förlängning med upp till ytterligare tre år. Kontraktets obligatoriska löptid underskrider alltså den tid om fyra år som enligt LOU är tillåten utan krav på särskilda skäl. Vid utnyttjande av förlängningstiden kan kontraktstiden komma att överskrida fyra år med högst två år. Det främsta skälet att tillåta en längre löptid än fyra år är att den effektiva konkurrensen annars skulle sättas ur spel. För den aktuella tjänsten är konkurrensförhållandena på marknaden ofullständiga. Endast tre leverantörer konkurrerar om kontrakt som upphandlas av sex olika landstingskluster. Apoteket har varit verksamt längst på dosmarknaden och har tilldelats kontrakt för tjänster i andra landsting med längre avtalstider. Apoteket måste rimligen fått fullgod avkastning på de investeringar som gjorts. Det är därför nödvändigt att också övriga leverantörer som inträtt efter konkurrensutsättningen av dosmarknaden ges samma möjligheter att etablera sig. Det är först genom Kamrätten i Stockholms avgörande som det slagits fast att de svenska landstingens upphandlingar av dostjänster är att anse som ramavtal. Att under dessa omständigheter inte erbjuda samtliga aktörer samma avtalstid som Apoteket erhållit på en stor del av marknaden vore, i vart fall under en övergångsperiod, ägnat att snedvrída konkurrensen. Kontraktstiden står i rimlig proportion till den tid som övriga leverantörer behöver för att kunna etablera sig på marknaden och för att säkerställa en effektiv konkurrens. Det föreligger därmed särskilda skäl att tillämpa den aktuella kontraktstiden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Av 1 kap. 9 § LOU följer att upphandlande myndigheter ska 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 LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I de Administrativa föreskrifterna under rubrik *1.1 Mål och omfattning* anges följande:

Anbudsgivaren ska även kunna tillhandahålla ordinerade läkemedel i originalförpackning, ordinerade förbrukningsartiklar inom förmånen och ordinerade spolvätskor samt kunna erbjuda direktleverans mot särskild avgift.

Av Kravspecifikationen under rubrik *1.3 Upphandlingens omfattning* framgår följande:

Förskrivna läkemedel och övriga förskrivna produkter som inte kan dosdispenserat ska vara möjliga att leverera i originalförpackning tillsammans med ordinarie dosleverans. Originalförpackning ska kunna beställas utanför leverans.

Av Kravspecifikationen under rubrik 2.6.5 *Transport* anges att:

Leverantören ska åta sig att

- *leverera kylvaror samtidigt med andra varor, förutom vid leveransdag efter helg.*
- *sampaketera dosförpackningar och hela originalförpackningar i samma transport till samma leveransadress vid samma leveranstillfälle. Sampaketering innebär att i möjligaste mån paketera i samma transportförpackning med god fyllnadsgrad. Om det av säkerhetsskäl inte går ska de olika transportförpackningarna hänga ihop.*

Otydligt förfrågningsunderlag

Apoteket och Svensk Dos har gjort gällande att förfrågningsunderlaget varit otydligt avseende uppställda obligatoriska krav med följden att anbudsgivarna lämnat anbud baserat på olika förutsättningar. Enligt Apoteket och Svensk Dos har förfrågningsunderlaget därmed inte uppfyllt kraven på förutsebarhet och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Svensk Dos har också anfört att KKBÖJ brutit mot likabehandlingsprincipen. Felen har medfört att Apoteket och Svensk Dos anser sig ha lidit eller riskerat att lida skada.

Transparensprincipen innebär att man i varje enskilt fall måste bedöma om en upphandling har genomförts tillräckligt öppet och förutsebart för rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer (jfr C-19/00 SIAC Construction Ltd). Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 konstaterat att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Domstolen får, på grund av svårigheterna att utforma det helt invändningsfria och i samtliga avseende perfekta förfrågningsunderlaget, pröva hur väl transparensen tillgogoses i ett förfrågningsunderlag.

Ett förfrågningsunderlags utformning får å ena sidan inte vara så deskriptivt att det bryter mot proportionalitetsprincipen. Det får å andra sidan inte vara så otydligt att transparensprincipen träds för när. I syfte att säkerställa effektiv och sund konkurrens på marknaden bör det finnas visst utrymme att på olika sätt uppfylla de obligatoriska krav som ställs, under förutsättning att det tydligt framgår vad som efterfrågas.

Förfrågningsunderlaget måste, för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör, förstås på så sätt att uppdraget slutligen fullgörs i samband med att förskrivna dosförpackningar och originalförpackningar tillsammans och vid samma tillfälle når den slutliga mottagaren, dvs. dosmottagaren eller dospatienten. Förfrågningsunderlaget hindrar inte att leverantörer anlitar underleverantörer, såväl inom som utom den egna bolagskoncernen, för att fullgöra hela eller delar av uppdraget. Förfrågningsunderlaget har, enligt förvaltningsrättens mening, gett utrymme för olika metoder för att uppfylla de obligatoriska kraven. Det har emellertid inte varit så otydligt att det funnits utrymme för olika tolkningar av vad som efterfrågats. KKBÖJ har således inte brutit mot transparensprincipen med anledning av förfrågningsunderlagets otydlighet. Mot bakgrund av vad som anförts finner förvaltningsrätten heller inte att KKBÖJ genom formuleringen av förfrågningsunderlaget brutit mot likabehandlingsprincipen.

Apotekstjänsts anbuds uppfyllnad av de obligatoriska kraven

Reservation och komplettering

Förvaltningsrätten har funnit att de obligatoriska kraven inte ska förstås på annat sätt än att förskrivna dosförpackningar och originalförpackningar ska nå slutmottagare, dvs. dosmottagare eller dospatient, tillsammans och vid samma tillfälle. Apotekstjänst har i sitt anbud angett följande. *Apotekens*

utlämningsställen expedierar kylvaror till patienterna. Apotekstjänst distribuerar inga kylvaror till apoteken.

KKBÖJ har inte kravställt på vilket sätt leveranser till slutmottagare ska ske. Något hinder mot att dosförpackningar eller originalförpackningar levereras via underleverantörer har inte uppställts. Apotekstjänst formulering av sitt anbud har endast beskrivit det leveransflöde som tillämpas. Den aktuella formuleringen utgör således ingen reservation mot de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven på leverans och sampaketering.

Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Förenklat förfarande definieras i 2 kap. 24 § LOU och avser ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta. Deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Av 15 kap. 12 § följer 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 begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Apotekstjänst anbud har inte innehållit någon otillåten reservation mot de obligatoriska kraven avseende leverans och sampaketering. KKBÖJ:s begäran om förtydligande av Apotekstjänsts anbud har således kunnat ske utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning. Vad som förtydligats i e-postmeddelande om Apotekstjänsts anbud har således inte inneburit en otillåten komplettering.

Miljökrav

I de Administrativa föreskrifterna under punkt 3.7 *Miljöcertifiering* anges att anbudsgivaren ska bedriva ett systematiskt miljöarbete inom företaget. Anbudsgivare som är certifierade ska bifoga handlingar som styrker detta. Anbudsgivare som inte är certifierade ska beskriva hur företagets miljöarbete kontrolleras och ständigt förbättras genom att besvara nedanstående frågor.

1. *Beskriv er miljöpolicy.*
2. *Har betydande miljöaspekter i verksamheten identifierats?*
3. *Vilka är era fastställda miljömål?*
4. *Ange nuvarande person/befattning som är ansvarig för miljöfrågor.*

I de Administrativa föreskrifterna har kvalitets- och miljöledningssystem inte ställts upp som ett kvalificeringskrav. Det har endast efterfrågats uppgifter om hur leverantörers miljöarbete kontrolleras och förbättras. Apotekstjänst är inte certifierade och har därmed haft att besvara de i förfrågningsunderlaget uppställda frågorna. Annat har inte framkommit än att Apotekstjänst besvarat de frågor som KKBÖJ ställt. Att hänvisning till moderbolagets övergripande miljöplan gjorts innebär inte att frågorna inte har besvarats på det sätt som efterfrågats.

Krav på redovisning av resurser hos underleverantörer

Av 15 kap. 15 a § LOU följer att en leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

I de Administrativa föreskrifterna under rubrik 3.3 *Anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet* anges följande. *Om anbudsgivare lägger ut*

vissa delar av upphandlingen på underleverantör ska anbudsgivaren på begäran redovisa för hur anbudsgivaren förfogar över resurser hos underleverantören som är nödvändiga för att uppfylla eventuellt kontrakt. Det innebär att anbudsgivare på begäran ska kunna inlämna/tillhandahålla relevant fakta som bevisar att kraven i förfrågningsunderlaget kommer att uppfyllas.

Det kan konstateras att det varken av LOU eller av allmänna EU-rättsliga principer följer att obligatoriska krav behöver vara uppfyllda redan när anbud lämnas. Inte heller kravet i de Administrativa föreskrifterna kan tolkas så. Apotekstjänst har accepterat kravet om att på begäran redovisa för hur bolaget förfogar över nödvändiga resurser för kontraktets uppfyllnad hos underleverantörer. Annat har inte framkommit än att Apotekstjänst i sitt anbud redovisat underleverantörer på vilka de avsett att överlåta delar av upphandlingen. I de Administrativa föreskrifterna har inte efterfrågats en redovisning av vilka delar av upphandlingen som avsetts utföras av underleverantörer. Apotekstjänst har således efterkommit det aktuella kravet att på begäran kunna redovisa hur de förfogar över resurser hos underleverantörer som är nödvändiga för att uppfylla kontraktet.

Ramavtal

Enligt 2 kap. 15 § LOU avses med ramavtal ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

Enligt artikel 1.5 i det s.k. klassiska direktivet är ett ramavtal ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kon-

trakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande den 24 mars 2016, mål nr 7754-15, uttalat följande. Om ett kontrakt utgör ramavtal eller inte i LOU:s mening är beroende av de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. En bedömning måste därför utgå ifrån de villkor som ställs upp i de upphandlade kontrakten och i den mån kontrakten hänvisar till förfrågningsunderlaget, den information som anbudsgivarna fått ta del av där. – Kammarrätten ansåg i det målet att det upphandlade kontraktet, som i flera avseenden liknar det nu aktuella, skulle ses som ett ramavtal.

Under rubrik *1.1 Mål och omfattning* i de Administrativa föreskrifterna anges att tjänsten *ska vara organiserad så att servicenivån anpassas efter klustrets behov*. Under samma rubrik anges att *det beräknade klustervärdet för tjänsten och dess läkemedelskostnader uppgår idag till ca 381 mkr/år*. Vidare anges att *några volymgarantier inte lämnas*. Under rubriken *2.6 Helt eller delat anbud*, samma föreskrifter, anges att *ingen garanti lämnas om avrop av viss volym eller till vissa värden*. Under rubrik *1.3 Upphandlingens omfattning* i Kravspecifikationen framgår uppgifter om läkemedelskostnader för patienter med dosdispenserade läkemedel samt uppgifter om volym för tjänstens nyttjande de senaste tolv månaderna.

Av de Administrativa föreskrifterna samt av Kravspecifikationen går, enligt förvaltningsrättens mening, inte att utläsa vilken exakt prestation avseende uppskattat pris eller uppskattad kvantitet KKBÖJ avsett att upphandla. Genom att ange nuvarande antal dosmottagare och läkemedelskostnader har leverantörerna visserligen kunnat få en indikation om upphandlingens omfattning. Förfrågningsunderlaget visar emellertid att KKBÖJ avsett att avropa den upphandlade tjänsten efter behov. Invändningen att vad som upp-

handlats är en tjänst och att läkemedelsförskrivande läkare inte är avtalspart, ändrar inte denna bedömning. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det upphandlade kontraktet utgör ett sådant kontrakt som ska betraktas som ett ramavtal. Bestämmelserna i 5 kap. LOU ska således tillämpas på upphandlingen av kontraktet.

Särskilda skäl för längre överskridande avtalstid

Av Avtalsmallen framgår att det upphandlade ramavtalet gäller under perioden 1 januari 2017–31 december 2022. Avtalstiden uppgår således till sex år. Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Enligt artikel 32.2 fjärde och femte stycket i det klassiska direktivet får ett ramavtal inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet. En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Av direktivets beaktandesats 11 framgår bl.a. att ramavtalets löptid bör begränsas och bör inte kunna överstiga fyra år, utom i fall som är vederbörligen styrkta av de upphandlande myndigheterna.

Av förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 332) framgår det att det är den upphandlande myndigheten som bär bevisbördan för att det finns särskilda skäl och att dessa skäl ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden.

KKBÖJ har anfört att det föreligger särskilda skäl för en längre avtalstid än vad som föreskrivits i 5 kap. 3 § LOU eftersom Apoteket innehar kontrakt i landsting i andra delar av Sverige. Övriga aktörer på marknaden måste därför ges chans till etablering på marknaden samt att konkurrensen på detta sätt måste säkerställas. Invändningen kan enligt förvaltningsrättens mening knappast utgöra särskilda skäl för att en längre avtalstid, än vad som föreskrivits, ska accepteras. En längre avtalstid än fyra år kan som regel inte anses gynna konkurrensen. Syftet med tidsbegränsningen är just att förhindra att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Tidsbegränsningen säkerställer därmed att aktuell tjänst, efter förlupen avtalstid, utsätts för ny konkurrens. Den upphandlande tjänsten medför därtill inte heller sådana omfattande investeringar som ska under avtalstiden ska skrivas av. Det har således inte framkommit omständigheter som utgör särskilda skäl för längre avtalstid än fyra år.

Skada

Genom att tillämpa en längre avtalstid än den maximalt tillåtna har KKBÖJ förskjutit behovet av ny upphandling av aktuella tjänster. Härigenom har Apoteket fråntagits möjlighet att lämna anbud vid en ny konkurrensättning och till eventuell tilldelning av nytt kontrakt. Apoteket har mot bakgrund härav lidit skada.

Sammanfattande bedömning och val av ingripande åtgärd

Förvaltningsrätten har funnit att det upphandlade kontraktet utgjort ett ramavtal i LOU:s mening. Det har inte funnits särskilda skäl att tillämpa en längre avtalstid än fyra år. KKBÖJ har genom att tillämpa en avtalstid om sex år brutit mot 5 kap. 3 § LOU. KKBÖJ:s agerande har inneburit att kon-

kurrerande aktörer stängts ute från den aktuella marknaden och inte getts
möjlighet till nytt kontrakt. Apoteket har således lidit skada till följd av
KKBÖJ:s agerande. Det föreligger således förutsättningar för ingripande
med stöd av 16 kap. 6 § LOU på denna grund, men inte på övriga av sökan-
den åberopade grunder. Felet i upphandlingen är hänförligt till det konkur-
rensuppsökande skedet. Felet kan därför inte tillrättaläggas med mindre in-
gripande åtgärder än att upphandlingen görs om.

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



Magnus Hansson

rådman

Föredragande: Christin Lunning



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.