



SÖKANDE

ApoEx AB, 556633-4149
Box 6079
102 32 Stockholm

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

MOTPART

Landstinget i Sörmland
Upphandlingsenheten
611 88 Nyköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-03-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 156252

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag -- fredag
08:00-16:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Landstinget i Sörmland (Landstinget) genomför en upphandling avseende läkemedelsförsörjningstjänster, dnr DU-UPP11-067. Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande. Av tilldelningsbeslut den 10 januari 2014 framgår att anbud från Vårdapoteket Mitt AB (Vårdapoteket) antogs.

ApoEx AB (ApoEx) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras, varvid anbudet från Vårdapoteket förkastas och ApoEx tilldelas avtal.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

ApoEx

Landstinget har utvärderat och antagit Vårdapotekets anbud trots att anbudet inte uppfyller alla skall-krav i upphandlingen, vilket har fått till följd att ApoEx, vars anbud har placerats på andra plats i utvärderingen har lidit skada, eller i vart fall riskerar att lida skada.

Av punkt 4.14 i Kravspecifikationen i upphandlingen framgår att det är ett skall-krav att leverantören dels ska kunna destruera det läkemedelsavfall eller annat farligt avfall som uppkommer i leverantörens verksamhet, dels att leverantören ska ha erforderliga tillstånd för hantering av detta avfall. I Vårdapotekets anbud åberopas ett åtagande från Landstingservice i Sörmland AB (LSAB) avseende det aktuella kravet. Vårdapoteket har inga egna resurser för avfallshantering och det har inte heller LSAB. För att kunna visa att nämnda krav är uppfyllda hade krävts att Vårdapoteket gett in ett åtagande från LSAB:s underentreprenörer, d.v.s. de aktörer som faktiskt

har kapacitet att uppfylla kraven i fråga. Landstingets bedömning avseende Vårdapotekets åtaganden innebär att anbud från en anbudsgivare kan antas även då anbudsgivaren åberopar teknisk kapacitet från exempelvis ett rent skalbolag som inte varken har relevant tekniskt kapacitet eller några resurser. Vårdapotekets anbud brister därmed i uppfyllelse av kravet i punkt 4.14.

Vidare har Vårdapoteket bifogat ett samarbetsavtal/åtagande från Apotek Hjärtat AB (Apotek Hjärtat) till sitt anbud. Av detta dokument framgår att Apotek Hjärtat inte har någon egen kapacitet vad gäller IT utan att denna kapacitet tillhandahålls av en underleverantör till Apotek Hjärtat. Liksom för åtagandet från LSAB är åtagandet från Apotek Hjärtat bristfälligt eftersom det inte styrker att Vårdapoteket kan uppfylla kraven på IT-kapacitet i upphandlingen. Även om åtagandet skulle bedömas som giltigt, i den meningen att Apotek Hjärtat anses inneha den nödvändiga kapaciteten, omfattar åtagandet endast systemförvaltning av IT-system och det har därmed inte framgått av Vårdapotekets anbud att kravet på kapacitet avseende implementering och utveckling av IT-system uppfylls.

Huvudregeln är att alla krav ska vara uppfyllda redan då anbud lämnas om inte något annat uttryckligen framgår. Det finns inget i förfrågningsunderlaget som på något sätt indikerar att kraven i Kravspecifikationen inte behövde vara uppfyllda redan vid tiden för anbuds lämnande.

Landstinget har i en begäran till Vårdapoteket bl.a. lämnat information om att Landstinget skulle bortse från de av Vårdapoteket inkomna samarbetsavtalen avseende transport och läkemedelsavfall eftersom det är åtaganden som berör ett eventuellt avtal och inte behövs för bedömningen av uppfyllandet av kvalificeringskraven angivna i 2.3.5 i de Administrativa föreskrifterna. Av Landstingets begäran till ApoEx framgick inte åtaganden avseende kraven som avser tjänstens utförande inte behövde lämnas in.

Landstinget har avseende Vårdapoteket frånfallit de skall-krav som uppställt i förfrågningsunderlaget i strid med likabehandlingsprincipen.

Landstinget

Landstinget har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Anbudet från Vårdapoteket uppfyller samtliga obligatoriska krav och ApoEx har inte lidit eller kan komma att lida skada.

En upphandlande myndighet har möjlighet att ställa krav på en lägsta nivå för anbudsgivarnas ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. För att kunna säkerställa att leverantören har nödvändiga resurser inför avtalsstart samt för genomförandet av uppdraget har Landstinget lagt stor vikt vid utformningen av kvalificeringskraven. Eftersom apoteksmarknaden är relativt ung har Landstinget vidare lagt sig vinn om att formulera kraven så att även en nyetablerad leverantör med rätt kompetens och tillräckligt kapital ska kunna komma ifråga. Samtliga kvalificeringskrav återfinns i de administrativa föreskrifterna, punkt 2.3. I anslutning till dessa finns instruktioner angående på vilket sätt och vid vilken tidpunkt kraven i förekommande fall ska styrkas. Där finns även information om möjligheten att vid behov åberopa annans kapacitet för att kunna uppfylla kvalificeringskraven, punkt 2.3.6, samt att begränsad kontroll skulle tillämpas avseende åtaganden. När det gäller kraven på tjänstens utförande finns dessa samlade i kravspecifikationen. Av informationen i administrativa föreskrifter, punkt 2.2, samt ifyllnadsinstruktionerna till kravspecifikationen, punkt 1.4, framgår att leverantören ska lämna efterfrågad information med hjälp av svarsrutorna. Inte i någon av svarsrutorna i kravspecifikationen efterfrågas bevis om att ett visst krav ska vara uppfyllt vid anbudslämnandet.

ApoEx tycks ha förväxlat kvalificeringskraven i de administrativa föreskrifterna och de obligatoriska kraven i kravspecifikationen. Såsom upphandlingen är konstruerad ska kvalificeringskraven vara uppfyllda och i

den mån det framgår av de administrativa föreskrifterna bevisas i samband med prövningen av anbudet medan de obligatoriska kraven på tjänsten endast ska bekräftas för att uppfyllas under avtalstiden samt i vissa fall en viss tid före avtalsstarten.

ApoEx argumentation innebär att anbudsgivarna i praktiken skulle behöva ha en fullt utvecklad organisation redo att ta över driften av tjänsterna vid tidpunkten för anbudslämnandet. Förutom att ett sådant krav skulle strida mot proportionalitetsprincipen och gynna redan väl etablerade företag ger förfrågningsunderlaget inte stöd för en sådan tolkning.

RELEVANTA DELAR AV FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Administrativa föreskrifter

I punkt 2.1 *Obligatoriska krav* anges följande. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav. Förutsättningarna för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas, och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på leverantören och anbudet som på efterfrågad vara.

I punkt 2.2 *Anbudets form och innehåll* framgår bl.a. att samtliga obligatoriska krav framgår av bifogad Kravspecifikation.

Av punkt 2.3.6 *Annat företags kapacitet* framgår bl.a. följande En leverantör får vid behov åberopa andra företags ekonomiska (se punkt 1.1.4.1) tekniska och yrkesmässiga kapacitet (se punkt 2.3.5) för att bedömas klara kvalificeringskraven.

Kravspecifikation

Av punkt 1.4 *Ifyllnadsinstruktioner* framgår bl.a. att det i kravspecifikationen återfinns samtliga de krav som ställs på leverantörens erbjudna tjänst för respektive område.

Enligt punkt 4.9.3.1 *Implementering* ska bl.a. leverantören i god tid innan driftstart medverka till ett gemensamt uppstartsmöte med berörd personal. Detaljerad införandeplan ska tas fram gemensamt av Landstinget och leverantören. Innehåll i Pricat och övriga meddelanden på termnivå överenskommes vid implementeringsfasen. För att underlätta implementering ska leverantören ha en testmiljö där hela processen från beställning till betalning kan verifieras.

Enligt punkten 4.9.3.2 *Drift* ska bl.a. leverantören under hela avtalsperioden kunna hantera affärstransaktioner till och från landstingets e-handelssystem, debet och kreditfaktura ska hanteras. Landstingets beställande enheter ska ha rätt att lägga valfri order vad gäller omfattning, volym m.m., i enlighet med avtalets förutsättningar. Rutiner för hantering av felaktig eller ej inläst order ska överenskommas mellan parterna innan driftstart.

Av punkten 4.14 *Destruktion och kassation* framgår bl.a. följande. Leverantören ska ansvara för det läkemedelsavfall, farligt avfall och avfall som innehåller tungmetaller som uppkommer i leverantörens verksamhet inklusive tillverkningsverksamheten. Leverantören ska ha erforderliga tillstånd för hanteringen av läkemedelsavfall, farligt avfall och avfall som innehåller tungmetaller. Avfallet ska skickas för destruktion till förbränningsanläggning som har tillstånd för förbränning av läkemedelsavfall.

Under punkterna 4.9.3.1, 4.9.3.2 och 4.14 ges anbudsgivaren möjlighet att bekräfta att kraven uppfylls genom att kryssa i en ja- eller en nej- ruta samt lämna anmärkningar eller kommentarer.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

Förvaltningsrättens bedömning

ApoEx har gjort gällande att Vårdapoteket inte kan anses uppfylla kraven i Kravspecifikationens punkter 4.9.3.1, 4.9.3.2 och 4.14 och att Landstinget därmed har brutit mot principerna om transparens och likabehandling genom att anta Vårdapotekets anbud. Grunden för inställningen är kortfattat att Vårdapoteket, enligt ApoEx uppfattning, inte förmått visa att bolaget genom aktuella åtaganden vid anbudsgivningen förfogat över de tekniska resurser som krävs för att uppfylla ifrågavarande krav.

I målet har inte framkommit annat än att Vårdapoteket i Kravspecifikationens kryssrutor för ovan nämnda obligatoriska krav har kryssat för JA, d.v.s.

bekräftat att kraven ifråga är uppfyllda. Härtill har dock Vårdapoteket till sitt anbud fogat ett åtagande (avseende avfallhanteringen) och ett samarbetsavtal (avseende IT-tjänster) som rör utförandet av tjänsten i aktuella delar. Frågan i målet rör således vilken betydelse sistnämnda handlingar ska ges vid prövning av Vårdapotekets anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det avseende de kontraktuella leveransvillkoren i Kravspecifikationen – till skillnad från kvalificeringskraven på anbudsgivaren i de Administrativa föreskrifterna – inte finns något krav att anbudsgivare redan i sitt anbud ska uppvisa underlag som styrker att genom kryssmarkering utlovad leverans kvalitet kommer att kunna uppfyllas under kontraktstiden. De obligatoriska kraven i Kravspecifikationen är vidare i tillämpliga fall utformade så att anbudsgivaren genom sitt anbud ska förbinda sig erbjuda en viss kvalitetsnivå men utrymme ges att inför avtalsstart eller under avtalstiden göra nödvändiga förändringar/konkretiseringar av leveransen (se t.ex. punkt 4.9.3.2, 4.4.6 eller 4.6.1 i Kravspecifikationen).

Det ovan angivna stödjer att uppställda obligatoriska krav i Kravspecifikationen inte innebär att anbudsgivare redan vid anbudsgivningen måste fastslå hur efterfrågad tjänst faktiskt ska levereras, d.v.s. i vilken utsträckning underleverantörer ska nyttjas vid leveransen eller hur ansvaret mellan leverantören och Landstinget i vissa fall ska vara fördelad under kontraktstiden (jfr punkt 4.14 i Kravspecifikationen). Det avgörande vid anbudsgivningen är istället att anbudsgivaren kontraktuellt blir skyldig att leverera tjänsten till erbjudet pris och krävd kvalitet.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att underlaget i målet inte visar att Landstinget avseende någon anbudsgivare efter anbudsgivning krävt in bindande åtaganden, skriftliga överenskommelser eller dylikt som bevis för att tillräcklig kapacitet förelåg för utlovad kontrakt leverans redan när an-

buden ingavs. Den begäran som t.ex. ställts till ApoEx rörande vissa krav är också i enlighet härmed, bortsett från kvalificeringskrav i Administrativa föreskrifter riktade mot anbudsgivare, utformad så att det efterfrågas en beskrivning hur anbudsgivaren planerar en eventuell framtida leverans utan krav på att t.ex. någon tilltänkt underleverantör ska anges.

Med hänvisning till det ovan angivna finner förvaltningsrätten att det samarbetsavtal och det åtagande som Vårdapoteket gett in tillsammans med sitt anbud inte kan anses medföra att Vårdapoteket inte förmått visa att bolaget kommer att uppfylla ifrågasatta obligatoriska krav under kontraktstiden. Landstinget har därmed haft fog för att godkänna Vårdapotekets anbud och uppta detta till slutlig anbudsutvärdering i upphandlingen. Inte heller i övrigt bedöms Landstingets hantering i upphandlingen i nu aktuellt avseende, på det sätt ApoEx påstår i målet, inneburi någon brist i förhållande till LOU.

Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därmed och ApoEx ansökan ska därför avslås.

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


Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Elin Tollin.



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 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.