



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2015-09-29
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
238-15 E

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015-09-29 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
181 85 Lidingö

Ombud: Advokat Einar Wanhainen och Jur.kand. Linus Jonson
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna
2. Landstinget Gävleborg
3. Landstinget Sörmland
4. Landstinget i Uppsala län
5. Landstinget i Värmland
6. Landstinget Västmanland
7. Örebro läns landsting

Ombud för 1–7: Joachim Ahl, landstingsjurist
Landstinget i Uppsala Län
Box 602
751 25 Uppsala

8. Svensk Dos AB, 556869-9143

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson och
Advokat Magnus Stålmärker
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 157424

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00

Telefax
018-431 63 43

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Varuförsörjningen genomför för Landstinget Dalarna, Landstinget Gävleborg, Landstinget Sörmland, Landstinget i Uppsala län, Landstinget i Värmland, Landstinget Västmanland och Örebro läns landsting (landstingen) upphandling av dosdispensering och dosexpediering av läkemedel för öppenvård. Upphandlingen genomförs som ett förenklat upphandlingsförfarande av B-tjänster enligt LOU. Avtalstiden är för perioden den 1 mars 2016–31 mars 2020 med möjlighet för köparen att förlänga avtalet helt eller delvis i upp till 36 månader. Landstingen har i tilldelningsbeslut den 7 januari 2015 antagit anbud från Svensk Dos AB (Svensk Dos).

YRKANDEN M.M.

Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits genom att en ny granskning av anbuderna görs varvid Svensk Dos anbud förkastas och Apotekstjänst tilldelas kontraktet i upphandlingen. I andra hand yrkar Apotekstjänst att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Apotekstjänst bland annat följande.

Underskrift av behörig firmatecknare

Enligt upphandlingsföreskrifterna skulle anbud vara undertecknat av behörig företrädare för leverantören och ske på en särskild bilaga till anbudet. Den underskriftsbilaga som gavs in tillsammans med Svensk Dos anbud var undertecknat av VD som endast har fullmakt att lämna anbud och teckna avtal. Något stöd för att låta ett befullmäktigat ombud underteckna underskriftsbilagan medges inte av förfrågningsunderlaget och det torde knappast vara möjligt att över huvud taget låta ett ombud agera för ett anbudslämnande bolags räkning. Avsikten med underskriftsbilagan är bland annat att ställföreträdarna ska intyga vissa förhållanden avseende anbudsgivaren ungefär på samma sätt som avgivande av en årsredovisning eller deklaration och är inte ett ansvar som kan övervältras på ett ombud. Att

landstingen också varit av denna uppfattning bekräftas av att man, efter anbudstidens utgång, uttryckligen begärt komplettering avseende Svensk Dos anbud genom underskrifter av bolagets behöriga företrädare.

Ekonomisk ställning och kapital

Enligt kravspecifikationen skulle leverantören redogöra för och verifiera finansieringen av verksamheten samt vilka resurser och säkerheter som denne har till sitt förfogande för att möta oförutsedda kostnader under avtalsperioden. Att intyga bolags finansiella ställning i ovan nämnda avseenden är straffsanktionerat under brottsbalkens bestämmelse om osant intygande. De uppgifter som landstingen begärt motsvarar de som lämnas genom en årsredovisning och kan principiellt endast intygas av bolagets styrelseledamöter (se 2 kap. 7 § årsredovisningslagen). Händelser av väsentlig betydelse för bolagets, vilka har inträffat efter det att årsredovisningen lämnades, samt uppgifter om värdeöverföringar och förändringar i bolagets egna kapital, är sådana som endast styrelsen kan intyga (se t.ex. 13 kap. 6 § och 18 kap. 6 § aktiebolagslagen).

Till anbudet skulle bifogas en ekonomisk redovisning som visade att leverantören hade långsiktig ekonomisk stabilitet att upprätthålla ett långsiktigt avtal med landstingen. Vidare skulle leverantören senast vid avtalsteckandet förfoga över ett kapital om 40 Mkr samt visa att kapitalet kunde bibehållas i företaget under hela avtalsperioden. Dessa krav har avsett sådana uppgifter om anbudslämnarens ekonomiska förhållanden som en VD definitionsmässigt inte kan intyga med bindande verkan. En VD, som agerar som ombud, kan inte genom fullmakt ges sådan behörighet lika lite som ett ombud kan skriva under en årsredovisning. I alla händelser omfattar inte den fullmakt som Svensk Dos utfärdat för VD någon behörighet att intyga de aktuella uppgifterna å bolagets vägnar. Landstingen har efter anbudstidens utgång förelagt Svensk Dos att komma in med underskrifter från behöriga ställföreträdare för bolaget. Denna begäran om komplettering

kan inte gärna ha annan förklaring än att Svensk Dos anbud inte uppfyllde kraven när anbudet lämnades. De intyg som Svensk Dos sedermera lämnat på landstingens begäran, har inkommit efter anbudstidens utgång och är därmed otillåtna.

Även om kompletteringen av anbudet skulle vara tillåten har Svensk Dos inte uppfyllt ska-kravet att man ska ha styrkt att man senast vid avtalsteckandet kommer att förfoga över 40 Mkr i kapital som bibehålls i företaget under hela avtalstiden.

Av Svensk Dos årsredovisning avseende räkenskapsåret 1 januari–31 december 2014 framgår att Svensk Dos, efter att ha genomfört sitt första verksamhetsår 2013 med dosdispenseringsuppdraget i Region Skåne, inledde år 2014 med en kontrollbalansräkningssituation. Det fanns skäl att anta att bolagets eget kapital underskred hälften av det registrerade aktiekapitalet, vilket i Svensk Dos fall uppgår till blott ca 91 000 kr. Detta skedde trots att Svensk Dos under 2013 hade erhållit aktieägartillskott om 29 Mkr, vilket uppenbarligen helt förbrukats. Svensk Dos hade alltså inte förmåga att finansiera dess verksamhet och bibehålla ett stabilt eget kapital under bolagets första verksamhetsår, trots att bolaget under denna tid utförde dosdispensering till ett långt högre pris per dosdygn än det anbudspris som Svensk Dos lämnat i den nu aktuella upphandlingen. Svensk Dos anbudspris om 0,47 kr per dosdygn kommer att innebära att bolaget gör en årlig förlust om drygt 33 Mkr före avskrivningar, finansiella poster och skatt. Svensk Dos egna kapital kommer därmed att minska med drygt 33 Mkr årligen för det fall bolaget tilldelas kontrakt att utföra dosdispensering i landstingen. Till detta kommer att Svensk Dos har att vidta omfattande investeringar för att över huvud taget klara av att utföra uppdraget. Landstingen och de nyinvesteringar som Svensk Dos måste göra påverkar givetvis bolagets kassaflöde negativt. Svensk Dos kan med det lämnade anbudspriset omöjligen uppfylla ska-kraven avseende ekonomisk ställning

och kapital. Med hänsyn tagen till att Svensk Dos eget kapital skulle minska med drygt 33 Mkr årligen vid det lämnade anbudspriset om 0,47 kr per dosdygn, står det klart att Svensk Dos varken kan finansiera dess verksamhet eller bibehålla ett kapital om 40 Mkr under hela avtalstiden.

De kalkyler som Apotekstjänst har gjort utifrån egna erfarenheter och Svensk Dos årsredovisning bygger på konkreta finansiella uppgifter som Svensk Dos själv redovisat och som funnits tillgängliga som underlag för landstingens bedömning. Svensk Dos anbud har alltså varken före eller efter kompletteringen uppfyllt förfrågningsunderlagets ska-krav avseende ekonomisk ställning och kapital. I vart fall har Svensk Dos inte efter anbudstidens utgång kunnat komplettera sitt anbud på det sätt som gjorts. Landstingen borde följaktligen ha förkastat Svensk Dos anbud.

Leveranssäkerhet m.m.

Enligt upphandlingens kravspecifikation skulle leverantören vara kvalificerad att ha, eller bedömas kunna bygga upp, för avtalet erforderlig styrka, förmåga, kompetens, kapacitet och erfarenhet för att säkerställa uppdraget. Leverantören skulle därvid bland annat säkerställa en s.k. öppen logistiklösning för leveranserna. Med en öppen logistiklösning avses enligt Apotekstjänst en logistiklösning som kan användas av alla. Den definition av begreppet öppen logistiklösning som landstingen menar är att återfinna i kravspecifikationen kan varken semantiskt eller lingvistiskt anses framgå av skrivningen.

Enligt kravspecifikationen var leverantören skyldig att tillhandahålla avhämtningsställen med en god geografisk spridning inom respektive landsting. Avtalade avhämtningsställen skulle redovisas till landstingen senast tre månader före avtalsstart. Leverantörens leveransskyldighet avsåg 40 000 patienter bosatta inom ett stort geografiskt område inom de sju landstingen. För att klara av en sådan täckning krävs väl uppbyggda omlastningspunkter och det är inte möjligt att klara uppdraget utifrån t.ex. en

budbilslösning. I Sverige finns fyra aktörer som tillhandahåller öppna logistiklösningar som möjligen kan klara ett sådant uppdrag: PostNord, DHL, Bring och Schenker. Svensk Dos åberopade som enda underleverantör Idrottsbudet i Uppsala AB (Idrottsbudet) för utförandet av logistiktjänster. Det ska jämföras med Apotekstjänsts egna åberopande av 21 underleverantörer, däribland PostNord och Jetpak, för transporter och en mängd apotek och apoteksombud till uppfyllande av avhämtningskravet. År 2013 omsatte Idrottsbudet enbart 23 Mkr och hade tolv anställda. Idrottsbudet har inte kapacitet att utföra leveranser av dosdispenserade läkemedel med den leveranssäkerhet som tjänsten kräver. Även om Idrottsbudet eventuellt i sin tur skulle samarbeta med underleverantörer, har någon redogörelse för dessa inte lämnats.

Enligt kravets lydelse ska leverantören ha, eller bedömas kunna bygga upp, erforderlig kapacitet *i syfte* ("för att") säkerställa uppdraget till kontraktsstart och under avtalstiden. Detta innebär inte att kravuppfyllelsen ska prövas först vid avtalsstart. Kravet på att säkerställa en öppen logistiklösning lämnar över huvud taget inte någon möjlighet att styrka kravuppfyllelse vid ett senare tillfälle. Landstingen har haft att pröva detta vid anbudsutvärderingen men synes som enda bevisning för Svensk Dos kravuppfyllelse i att säkerställa uppdraget ha godtagit bolagets uppgifter om logistiklösning och leveransprecision i Region Skåne. Detta är det enda landsting i Sverige inom vilket Svensk Dos utför dosdispensering och det omfattar endast hälften så många patienter och en geografisk yta om bara 12 procent jämfört med landstingen i 7-klövern. Att utföra dosdispenseringsuppdraget i upphandlingen har således krävt kapacitet att leverera till dubbelt så många patienter över en åtta gånger större yta än i Region Skåne. Det finns heller inga detaljhandelskedjor som täcker hela denna yta. Apotekstjänst bedömning att Idrottsbudet brister bygger på konkreta uppgifter beträffande Idrottsbudets kapacitet i förhållande till den kapacitet som faktiskt krävs för att utföra uppdraget i landstingen idag. Svensk Dos har sammantaget

inte visat att man själv eller Idrottsbudet uppfyller ska-kravet avseende kapacitet att utföra leverans. Inte heller har Svensk Dos visat att bolaget säkerställt en öppen logistiklösning eller kan tillhandahålla avhämtningsställen med en god geografisk spridning. Svensk Buds anbud borde alltså även av dessa skäl ha förkastats.

Val av avtalsform och affärsmässighet

Sju landsting

I upphandlingen skulle anbud lämnas för hela uppdraget som inkluderade samtliga deltagande landsting. Det framgick emellertid inte om upphandlingen syftade till att träffa ett avtal, bindande för samtliga landsting, eller sju olika avtal med enskild bundenhet för varje landsting. I förfrågningsunderlaget besvaras inte frågan om ett landsting kan säga upp avtalet med verkan för de övriga. Detta leder till att leverantörerna inte på ett rättvisande sätt har kunnat bedöma riskerna förenade med avtalet och därför inte heller kunnat optimera sina anbudspriser. Avtalsformen innebar också att ett enskilt landstings ensidiga rätt att besluta om hel eller delvis förlängning skulle kunna medföra att den leverantör som tilldelades kontrakt, efter den 30 april 2020 skulle kunna få förlängning av avtalet med ett eller flera landsting, men inte med övriga, under hela tre års tid. Villkoret för avtals-tid som landstingen tillämpat gjorde det således omöjligt för anbudsgivarna att kalkylera ett rättvisande anbudspris för alla tänkbara scenarion, viss förlängning i något eller några landsting, full förlängning i vissa landsting eller full förlängning i samtliga etc.

Till följd av att landstingen tillämpat en avtalsform som strider mot kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 9 § LOU har Apotekstjänst varit nödgat att kalkylera ett pris som med marginal gett full kostnadstäckning oberoende av hur avtalsformen varit att förstå. Hade landstingen redan under upphandlingsförfarandet tydliggjort vilken avtalsform som varit den avsedda hade Apotekstjänst haft möjlighet att beräkna ett pris som varit optimalt för

just den valda avtalsformen, vilket också hade inneburit ett lägre pris än det som Svensk Dos erbjudit.

Avtalstid

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att den leverantör som tilldelas kontraktet i upphandlingen över huvud taget inte får utföra tjänsten under den första avtalsmånaden som det nya avtalet är tänkt att gälla. Leverantören kan därmed inte tillräkna sig någon ersättning under denna tid och därmed inte heller någon läkemedelsmarginal. Detta är inte affärsmässigt och skulle rätteligen ha medfört ett högre pris från alla anbudsgivare. Apotekstjänst har inte fått den fördel av att vara befintlig leverantör i anbudsgivningen som man annars skulle ha haft.

Ramavtal

Definitionen av ramavtal enligt 2 kap. 15 § LOU omfattar även sådana avtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar och som ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet. Det avtal som landstingen upphandlat är ett sådant ramavtal. Villkoren för vad som ingår i avtalet är på förhand fastställda och detta är kännetecknande för ett bindande ramavtal (se prop. 2006/07:128 s. 160 samt Asplund m.fl. a.a., s. 220). Avtalet medför ingen skyldighet för leverantören att utföra ett visst specifikt dosdispenseringsuppdrag utan ett uppdrag att utföra dosdispensering i enlighet med landstingens avrop. Landstingen har i upphandlingsföreskrifterna uttryckligen angivit att någon volymgaranti inte lämnas, varken avseende antalet patienter eller doser. Det upphandlade avtalet innehåller också bestämmelser om hur avrop ska ske. Leverantören ska ”dosdispensera de volymer som landstingen efterfrågar”. I kravspecifikationen anges hur leverantören ska hantera övriga beställningar och att leverantören har rätt till betalning för den dosdispensering och dosexpediting som utförs efter landstingens beställningar, liksom hur fakturering för detta ska ske. Sammantaget kan detta inte förstås på annat sätt än att avrop sker varje

gång ett dosrecept utfärdas och landstingen efterfrågar dosdispensering enligt receptet. Det upphandlade avtalet innehåller inte heller någon fast ersättning och är därmed att anses vara ett ramavtal också vid tillämpning av en överviktsprincip. I sammanhanget ska framhållas att landstingens inställning till avtalsformen inte överensstämmer med andra landstings. Landstingen Västerbotten, Jämtland, Norrbotten, Västra Götaland och Region Halland delar uppenbarligen inte landstingens uppfattning, utan har, helt korrekt, definierat de dosdispenseringsavtal som där upphandlats som just ramavtal.

Särskilda skäl att tillämpa en längre avtalstid än fyra år

Det upphandlade avtalet är alltså tveklöst ett ramavtal och det föreligger inte särskilda skäl att tillämpa en längre avtalstid än fyra år. Särskilda skäl kan endast föreligga i vederbörligen styrkta undantagsfall. Det är landstingen som har bevisbördan för att det finns särskilda skäl för att tillämpa en längre ramavtalstid än fyra år. Enligt Apotekstjänst är ett åsidosättande av maximal avtalstid ett sådant fel som ska medföra att upphandlingen ska göras om alldeles oavsett att det skulle kunna anses affärsmässigt att upphandla på en avtalstid som överstiger den tillåtna.

Tillämpade upphandlingsförfarande strider mot LOU

Det ifrågasätts att förenklat förfarande vid upphandling av B-tjänster enligt 15 kap. LOU kan tillämpas i den nu aktuella upphandlingen. Dosdispensering innebär i realiteten en försäljning av läkemedel, dvs. varor, som packats om. Att dosdispensering ändå upphandlas som tjänst beror på att upphandlande myndighet inte specifikt upphandlar de läkemedel som ingår i doserna (dessa förvärvas ju av patienten upp till högkostnadsskyddet). Värdet av läkemedlen som dispenserar är dock långt mycket högre än värdet av dispenserings tjänsten som sådan. Dosaktören finansierar till stor del utförandet av dosdispenserings tjänsten med läkemedelsmarginalen på de läkemedel som dispenserar. Läkemedelsmarginalen fastställs av Tand-

vårds- och läkemedelsförmånsverket, TLV. Vid vanlig receptförskrivning förskrivs det aktuella läkemedlet med viss förpackningsstorlek. Vid förskrivning av dosrecept är detta av förklarliga skäl inte möjligt, eftersom läkemedlen tas ur sina förpackningar och doseras (flera patienter kan t.ex. få sina läkemedel doserade från samma ursprungsförpackning). Det står därmed dosaktören fritt att inhandla de läkemedel som ska dispensereras i de förpackningsstorlekar som är ekonomiskt mest förmånliga för dosaktören. Läkemedelsmarginalen skiljer sig nämligen mellan olika förpackningsstorlekar för samma läkemedel.

I upphandlingen har krävts att leverantören i möjligaste mån ska utnyttja läkemedelsförpackningar med lägst styckpris per doseringsenhet. Att landstingen på detta sätt sökt styra kostnaderna för de dosdispenserade läkemedlen genom att påverka läkemedelsmarginalen visar att det rätteligen inte varit fråga om upphandling av någon B-tjänst, utan om en varuupphandling av de dosdispenserade läkemedlen. Värdet på de läkemedel som levereras i respektive dospåse är väsentligt högre än dosdispenserings-tjänsten som sådan. Den upphandlingsform som landstingen tillämpat är under dessa förhållanden felaktig vilket i så fall innebär att upphandlingen ska göras om.

Även om landstingens krav avseende förpackningsstorlek inte skulle medföra att ett felaktigt upphandlingsförfarande tillämpats har kravet som sådant inneburit att leverantörerna inte haft möjlighet att kalkylera ett korrekt pris för dosdispenserings-tjänsten. Kravet har inte någon betydelse för kvaliteten på dosdispenserings-tjänsten och synes vara helt omotiverat om det nu förhållit sig så att det uteslutande är dosdispenserings-tjänsten som upphandlats. Eftersom leverantören i stor utsträckning är hänvisad till att finansiera dosdispenserings-tjänsten genom läkemedelsmarginalen, är detta av avgörande betydelse för det pris som leverantören kan erbjuda för dospengen. Apoteksmarknaden har avreglerats och leverantörerna på

denna är i dag kommersiella företag som förväntas driva verksamhet i vinstsyfte. Den nivå på anbuden som nu lämnats ger inte utrymme för någon vinst. Leverantörernas verksamhet är dessutom redan underkastad en omfattande statlig styrning genom TLV som bestämmer för pris och subvention av läkemedel, liksom apotekens handelsmarginal på dessa. Det ankommer därmed inte på landstingen att söka styra leverantörernas kommersiella förhållanden på detta sätt. Kravet är därmed oproportionerligt och saknar affärsmässighet.

Leverantörens absoluta skyldighet att leverera, strider mot kravet på likabehandling, proportionalitet och affärsmässighet enligt 1 kap. 9 § LOU

Precis som i fråga om expediering av receptföreskrivna läkemedel i allmänhet betalar patienten för de läkemedel som expedieras upp till högkostnadsskyddet (2 200 kr) medan resterande del ersätts av landstingen. Det anbudspris som leverantörerna tilläts offerera omfattade inte kostnaden för själva läkemedlen som dispenserades i respektive dos. Denna kostnad, inklusive läkemedelsmarginalen, har leverantören i stället att kräva av patienten och e-Hälsomyndigheten. Någon rätt för leverantören att kräva betalning av patienten innan leverans till avhämtningsstället har inte möjliggjorts av landstingen. Inte heller har landstingen på annat sätt säkerställt leverantörens rätt till betalning, t.ex. genom att se till att dospatienterna sätts i kontrakträttsligt förhållande till leverantören. För leverantörerna innebär därmed ska-kraven i upphandlingen om en ovillkorlig skyldighet att leverera de dosdispenserade läkemedlen till slutkund en beaktansvärd kreditrisk. Apotekstjänsts kundförluster hänförliga till dospatienter i de landsting där man utför dosdispenserings tjänsten, uppgick per den 31 december 2014 till 1.6 Mkr. Till detta ska tilläggas kostnader för administrationen av ärendena hänförliga till icke-betalande dospatienter (eget merarbete, påminnelseavgifter, inkassoåtgärder, kostnader hos Kronofogdemyndigheten etc.). Genom att som ska-krav uppställa en absolut skyldighet för

leverantören att dosdispensera och expediera i enlighet med landstingens begäran, utan att samtidigt tillförsäkra någon säkerhet för den rätta betalningen av läkemedlen för de leverantörer som inte har möjlighet att neka leverans före fullgod betalning, har landstingen utfört upphandlingen på ett sätt som varken varit affärsmässigt eller proportionerligt. Landstingen har härigenom brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

Skada

Apotekstjänsts anbud uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Om landstingen rätteligen hade förkastat Svensk Dos anbud skulle kontraktet i upphandlingen ha tilldelats Apotekstjänst. För det fall en affärsmässig avtalsform rätteligen tillämpats, hade Apotekstjänst kunnat kalkylera ett lägre pris och därigenom kommit att tilldelas kontraktet. Apotekstjänst riskerar således att lida skada till följd av såväl landstingens felaktiga beslut som felaktiga upphandlingsförfarande.

Landstingen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Landstingens utvärdering av inkomna anbud har varit korrekt och har följt i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningar och samtliga anbudsgivare har behandlats lika. Apotekstjänst har inte lidit eller riskerat lida skada till följd av den påstådda bristen om att upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Behörighet lämna anbud

Den person som undertecknat Svensk Dos anbud har varit befullmäktigad att göra så. Det krävs inte för kravets uppfyllnad att anbud lagts eller undertecknats av person som enligt Bolagsverkets registerutdrag är behörig firmatecknare. Det saknas anledning att ifrågasätta att Svensk Dos VD haft behörighet att lämna anbud i upphandlingen, i synnerhet eftersom VD:n också erhållit skriftlig fullmakt att lämna anbud.

Svensk Dos VD har även kunnat lämna uppgifter av ekonomisk karaktär inom ramen för den offentliga upphandlingen. Av upphandlingsföreskrifterna framgår explicit att den underskrift som lämnats av behörig företrädare gäller för samtliga delar av anbudet. Eftersom det inte är fråga om att underteckna en årsredovisning så är årsredovisningslagens bestämmelser ovidkommande. Även bestämmelsen i aktiebolagslagen är ovidkommande i detta fall. Svensk Dos har även kommit in med de begärda uppgifterna med styrelsen som uppgiftslämnare. Det har inte varit fråga om annat än att Svensk Dos har konkretiserat i anbudet lämnade uppgifter. Något krav på att redogörelsen för bolagets ekonomiska ställning ska vara undertecknad har inte uppställts. Att landstingen i efterhand har begärt att Svensk Dos ska underteckna handlingen förändrar inte detta faktum.

Ekonomisk ställning och kapital

Svensk Dos har lämnat en redogörelse avseende sin ekonomiska ställning på sätt som följer av kravspecifikationen genom inlämnande av balansräkning. Svensk Dos har per den 31 oktober 2014 ett eget kapital om 53.598.639 kr, vilket är knappt 14 Mkr mer än vad som uppställts som krav i anbudsinbjudan. Det finns inte anledning att ifrågasätta Svensk Dos ekonomiska ställning eller dess möjlighet att under avtalstiden hantera oförutsedda kostnader eftersom bolaget har lämnat en helt fullt acceptabel redogörelse härför. Handlingar från Svensk Dos som lämnats in efter anbudet har enbart förtydligat i anbudet lämnade uppgifter. Som ett klarläggande bör sägas att landstingen aldrig har begärt något förtydligande av Svensk Dos anbud avseende uppgifterna om ekonomisk ställning som sådana. Däremot har landstingen felaktigt bedömt att Svensk Dos anbud behövde kompletteras med ytterligare underskrift från behörig företrädare. Svensk Dos kompletterade i enlighet med landstingens begäran härom, men erinrade samtidigt riktigt om att underskrift från behörig företrädare redan hade lämnats i enlighet med upphandlingsföreskrifterna.

Att Svensk Dos begärts att komplettera sitt anbud avseende uppgifter om eget kapital är en direkt följd av ett krav i förfrågningsunderlaget om att anbudslämnaren efter anmodan skulle kunna komma att begäras komplettera uppgifterna i anbudet avseende eget kapital. Det kan därför inte vara fråga om någon otillåten komplettering. Svensk Dos har på ett trovärdigt sätt visat att man förfogar över 40 Mkr i eget kapital. Resultatutveckling och kapitaltillskott får anses vara tillräckliga indikationer för att uppfylla kravet. Det finns ingenting i underlagen från Svensk Dos som indikerar att bolaget inte klarar kravet. De uppgifter Svensk Dos kommit in med kan sammanlagt inte leda till annan bedömning än att dess anbud uppfyller kravet om kapital.

Leveranssäkerhet m.m.

Det är oklart vad Apotekstjänst avser med tolkningen att kravet om en öppen logistiklösning skulle innebära att logistiklösningen "kan användas av alla". Landstingen har i kravspecifikationen definierat och utförligt redogjort för vad som avses med öppen logistiklösning, nämligen att spårning av leveranser och ingående kollin fram till den punkt där ansvaret övergår till dospatient eller dosmottagande enhet ska kunna göras samt att datum och klockslag för avlämning/mottagning ska registreras så att man kan följa leveransen. Det har i kravspecifikationen angetts att leverantören ska redovisa avtalade avhämtningsställen till landstingen senast tre månader innan avtalsstart. Avtalsstarten är utsatt till den 1 mars 2016 varvid det är tillräckligt att komma in med redogörelsen senast den 30 november 2015. Svensk Dos har lämnat uppgift om att kravet uppfylls. Landstingen har inte anledning att ifrågasätta den lämnade uppgiften. Det kan konstateras att Svensk Dos som är leverantör av dosdispenserade läkemedel inom Region Skåne har en fullt tillfredställande och fungerande logistiklösning med detaljhandelskedjor som agerar avhämtningsställen. Landstingen har endast uppställt krav om att dosdispenserade läkemedel ska levereras till avhämtningsställen. Detta innebär att leverantören uppfyllt sin kontraktsen-

liga leveransskyldighet i och med att vad som ska levereras har avlämnats till visst avhämtningsställe.

Kreditrisk

Det är möjligt för en dosdispenseringsleverantör att avtala med avhämtningsstället om att utlämning inte ska ske om inte betalning erhålls. Även om lämpligheten i en sådan ordning kan ifrågasättas, är inte det något landstingen ur ett inomobligatoriskt perspektiv har möjlighet att stävja. Oaktat möjligheten för leverantören att ta betalt vid utlämning av de dosdispenserade läkemedlen kan det i och för sig inte säkerställas eller garanteras att en dosdispenseringsbrukare av ett eller annat skäl avstår från att hämta ut en leverans eller att betala en fakturerad erhållen leverans. Detta får anses utgöra en sådan affärsrisk som är ett naturligt förhållande i alla typer av kontrakt. Inte heller detta förhållande står i strid med LOU. Även det summariska förfarandet via Kronofogdemyndigheten och allmän domstol kan ianspråkta som rättsmedel i vissa fall där betalning uteblivit.

Upphandlingsförfarandet

Något läkemedel har inte upphandlats i och med aktuell upphandling. Landstingen subventionerar medborgarnas läkemedelskostnader genom den s.k. läkemedelsförmånen. Detta betyder inte att landstingen i någon bemärkelse förvärvar läkemedel i förevarande fall. Upphandlingen avser att förse medborgare med (dispenserade) läkemedel till hemmet. Detta innebär att det inte föreligger någon skillnad mellan nu aktuellt förhållande och det när patienten själv går till apotek. Den enda skillnaden är själva dispensereringen eller "sampackningen" av läkemedel vilket per definition inte är något annat än en tjänst, samt expedieringen av de dispenserade läkemedlen till avhämtningsställen vilket heller inte kan definieras som annat än en tjänst. Att landstingen framställt önskemål om att leverantören i möjligaste mån ska utnyttja lägst styckpris förändrar inte det förhållande att det i sin helhet är fråga om en B-tjänst i enlighet med 15 kap. LOU.

Även upphandlingens definitioner av dosdispensering och dosexpediering visar att det är fråga om en upphandling av en B-tjänst.

Förpackningsstorlek

Kravet om förpackningsstorlek säkerställer att utvärderingen leder till att den anbudsgivare som lämnar lägst pris för den upphandlade tjänsten också är den leverantör som de facto kommer att utföra tjänsten till lägst pris.

Dosdispensering är en tillverkningsprocess med mycket stora volymer läkemedel. Genom kravet säkerställs ett av de mest grundläggande syftena med upphandlingsregelverket - en effektiv användning av skattemedel.

Apotekstjänst har anfört att annan upphandlande myndighet strukit krav på förpackningsstorlek och att så har skett till följd av att den upphandlade myndigheten gjort det till följd av att kravet inte var affärsmässigt motiverat. Det framgår dock att den upphandlande myndigheten synes ha strukit kravet till följd av det föranledde brister i transparens vilket förstås är något helt annat.

Ramavtal

Apotekstjänst har ifrågasatt om inte det nu aktuella kontraktet skulle vara att betrakta som ett ramavtal. Gränsdragningen mellan ett tjänstekontrakt och ett ramavtal kan vara mycket invecklad - i förevarande fall står det dock klart att det inte är fråga om ett ramavtal, varvid 5 kap. LOU och dess bestämmelser, innefattande avtalstid, inte är tillämpligt. Ett ramavtal definieras i LOU som 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. När det gäller klassificering av ett avtal har EU-domstolen i mål C 300/07 prövat frågan om ett kontrakt avser ramavtal eller tjänstekoncession och uttalade därvid att när definitionerna är näraliggande blir den rättsliga klassificeringen beroende på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. Inget av vad Apotekstjänst anfört innebär att en bedömning av aktuella avtal kan leda

till slutsats om att desamma utgör ramavtal. Landstingen antar att Apotekstjänst menar att aktuellt kontrakt skulle kunna utgöra ett ramavtal av det skälet att den exakta volymen inte är på förhand fastställd eller det faktum att det kommer att frångå och tillkomma uppdrag inom ramen för tjänstutförandet. dvs. att de exakta villkoren för utförandet av tjänsten inte är på förhand fastställda. Detta förhållande innebär dock inte på något sätt att de aktuella kontrakten är att betrakta som ramavtal. En leverantör till ett ramavtal känner normalt sett inte till omfattningen av leveransen, i många fall är omfattningen helt okänd och emellanåt uteblir den helt. Denna omständighet utgör en signifikant skillnad i förhållande till de avtal som nu har upphandlats, där leverantören med säkerhet vet att leverans ska komma att ske och också den ungefärliga omfattningen. Kontrakten omfattar inte heller några möjligheter till utförande av annan tjänst än den upphandlade. Att landstingen kan förlänga kontrakten med 36 månader innebär inte heller att det är fråga om s.k. "optionstjänster" eller liknande.

Även om den omständighet att det på förhand inte är möjligt att exakt precisera hur aktuella läkemedel ska dosdispenseras eller vart de ska expedieras skulle innebära att det i avtalet finns inslag av ramavtal så innebär detta inte att 5 kap. LOU ska tillämpas i upphandlingen eller reglera kontraktsvillkoren. 5 kap. LOU skall endast tillämpas på en upphandling om den *huvudsakligen* avser ett ramavtal, vilket Kammarrätten i Jönköping slagit fast i dom den 5 juni 2014, mål nr 1871-13.

Förvaltningsrätten i Uppsala har i dom den 20 december 2011 i mål med nr 4734-11 dragit slutsatsen att en förutsättning för att det ska vara fråga om upphandling av ett ramavtal är att avtalet innehåller bestämmelser om hur avrop ska ske. Det nu aktuella förfrågningsunderlaget inklusive avtalsmallen saknar bestämmelser om att avrop ska ske - inte heller förekommer begrepp såsom "avropa" - varvid det inte finns något som tyder på att avrop ska ske i den mening att det skulle vara fråga om ramavtal. Även för

det fall att tjänsten inte är på förhand exakt preciserad (dvs. exakt hur aktuella läkemedel ska dosdispenseras eller vart de ska expedieras) så är den faktiska volymen och omfattningen av tjänsten tillräckligt klar för att det inte ska kunna anses vara fråga om ett ramavtal. Omfattningen har tydligt redogjorts för genom angivande av nuvarande volym och sortiment och avser nyttjande baserad på statistik och med angivande av medeltal per månad för perioden. Avtalet avser sålunda dosdispensering samt expediering och inget mer, och dessa tjänster har preciserats tillräckligt till sin omfattning för att det inte ska kunna anses vara fråga om ramavtal.

Eftersom det upphandlade avtalet inte är ett ramavtal är 5 kap. 3 § LOU om avtalstid om maximalt fyra år inte är tillämplig. För det fall avtalen enligt rättens bedömning ändå utgör ramavtal så föreligger särskilda skäl jämlikt 5 kap. 3 § LOU för att låta ramavtalen ha en längre avtalstid än fyra år.

Avtalstid

Det nuvarande kontraktet avseende tjänsten dosdispensering innehas av Apotekstjänst och medger en exklusiv rätt för leverantören att i enlighet med de avtalade villkoren leverera tjänsten t.o.m. den 31 mars 2016. Av samma avtal följer att leverantören vid avtalets upphörande och/eller i samband med verksamheten övergår till ny leverantör ska delta i ett omställningsprojekt med syfte att övergången ska ske så att störningar i landstingens verksamhet undviks i största möjliga utsträckning. Kontraktsvillkoren i den nu överprövade upphandlingen ger inte kontraktstildelad anbudsgivare rätt att leverera tjänsten på så sätt att detta inskränker Apotekstjänsts exklusiva rätt därtill. Orsaken till att kontraktet startar innan det nuvarande löper ut är för att säkerställa att den nya leverantören bereds möjlighet att säkerställa driftstart till det datum nu gällande avtal löper ut.

Apotekstjänst anför vidare att detta förhållande inte framgår av förfrågningsunderlaget vilket medfört att leverantörerna inte givits möjlighet att kalkylera ett rättvisande pris på grund av bristen. Denna påstådda brist och den skada den eventuellt skulle kunna förorsaka kan bara drabba annan leverantör än Apotekstjänst självt, dvs. med "leverantörerna" kan endast avses andra leverantörer än Apotekstjänst. Landstingen bestrider att det är fråga om en brist i förfrågningsunderlaget men konstaterar samtidigt att Apotekstjänst självt inte kan lida skada till följd av den påstådda bristen.

Svensk Dos bestrider Apotekstjänsts begäran om överprövning i dess helhet och anför bland annat följande. Svensk Dos uppfyller samtliga krav i upphandlingen.

Kravet på undertecknande

Svensk Dos uppfyller kravet i upphandlingsföreskrifterna på att anbudet är undertecknat av behörig företrädare. Anbudet har undertecknats av bolagets VD vilken hade en särskilt upprättad fullmakt för detta från behöriga firmatecknare. Något krav på att endast registrerad ställföreträdare kan underteckna anbudet har inte uppställts i förfrågningsunderlaget.

Kraven på ekonomisk ställning och kapital

Svensk Dos uppfyller kravet på ekonomisk ställning i enlighet med kravspecifikationen vilket endast innebär att en redogörelse ska lämnas från vilken ekonomisk stabilitet ska kunna utläsas. Svensk Dos har i sitt anbud redogjort för och verifierat finansieringen av verksamheten samt vilka resurser och säkerheter som Svensk Dos har till sitt förfogande för att möta oförutsedda kostnader under avtalaperioden. Svensk Dos har även bifogat en ekonomisk redovisning från den senaste periodrapporteringen. Det finns inget krav i upphandlingen på att denna del ska omfattas av särskilt intygande och av upphandlingsföreskrifterna framgår att undertecknandet avser hela anbudet och alla bilagor till anbudet. Det finns inget krav i förfråg-

ningsunderlaget på att dokumenten ska vara särskilt undertecknade just vad gäller kravspecifikationen 1 A punkt 2.6. Det förhållandet att landstingen i onödan efterfrågat särskilt undertecknade handlingar kan inte uppfattas som att landstingen anser att kravet på ekonomisk ställning inte skulle vara uppfyllt.

Kapital

Svensk Dos uppfyller kravet på att senast vid avtalstecknande förfoga över kapital om 40 Mkr. Svensk Dos har i anbudet angett att kravet accepteras samt hänvisat till en balansrapport. Det saknar betydelse för prövningen vilket eget kapital som Svensk Dos tidigare hade under år 2013. Svensk Dos kom in med efterfrågad verifikation inom den angivna tvåveckorstiden och detta utgör inte någon otillåten komplettering av anbudet.

Av ingiven verifikation i form av balansräkning framgår att Svensk Dos egna kapital översteg 40 Mkr. Per sista oktober 2014 uppgick det egna kapitalet därvid till drygt 53 Mkr, dvs. det egna kapitalet överstiger kravet med hela 33 procent. Därtill bekräftar Svensk Dos reviderade Årsredovisning för år 2014 att det egna kapitalet per den 31 december 2014 uppgår till drygt 62 Mkr. Kravet är att bolaget senast vid avtalstecknande ska förfoga över kapital om 40 Mkr. Det är inte möjligt att omtolka kravet till att kapitalkravet skulle vara uppfyllt redan vid en tidigare tidpunkt. Svensk Dos bestriider Apotekstjänsts helt ogrundade spekulationer om framtiden baserade på historiska uppgifter i Svensk Dos årsredovisning för 2014. I alla händelser ligger detta helt utanför ramarna för landstingens utvärdering.

Kraven på kapacitet att utföra leverans, att säkerställa en öppen logistiklösning och att tillhandahålla avhämtningsställen med god geografisk spridning

Svensk Dos uppfyller kravet på kapacitet att utföra leverans i enlighet med kravspecifikationen. Som anges i kravspecifikationen är det tillräckligt att leverantören ska kunna bygga upp erforderlig kapacitet. Det anges också uttryckligen att det är först till planerad avtalsstart, dvs. först i mars 2016, som aktuell kapacitet ska finnas på plats. Det finns inget krav om att all kapacitet ska föreligga redan vid anbudslämnandet. Likaså uppfylls kravspecifikationen beträffande Idrottsbudet i Uppsala AB. Vad Apotekstjänst påstår beträffande det bolagets kapacitet är ogrundade spekulationer.

Återigen måste framhållas att det är vid avtalsstart som kapaciteten behöver föreligga. Svensk Dos uppfyller även kraven att säkerställa en öppen logistiklösning och att tillhandahålla avhämtningsställen med god geografisk spridning. Detta är ett krav på tjänsten som ska vara uppfyllt först när uppdraget utförs. Det finns ingen möjlighet eller anledning att ta ställning till om Svensk Dos vid tiden för anbudslämnandet uppfyllt detta krav.

Val av avtalsform

Det förhållandet att upphandlingen avser samtliga landsting i Sjuklövern medför på inget vis att upphandlingen skulle vara i strid med kravet på affärsmässighet. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget inklusive avtalsmallen hur det avtalsmässiga förhållandet mellan leverantören och landstingen kommer att fungera. Dessa förhållanden är desamma för samtliga anbudsgivare och har varit kända redan innan anbud har avgivits. För det fall den avtalsmässiga regleringen och strukturen skulle anses utgöra någon affärsrisk är det fråga om samma affärsrisk för samtliga anbudsgivare. Alla leverantörer har haft lika möjligheter att baserat på landstingens förfrågningsunderlag lämna anbud i upphandlingen och beräkna samt ta höjd för de affärsmässiga risker som kan tänkas föreligga. Apotekstjänst kan i alla händelser inte anses ha lidit skada.

Tillämpat upphandlingsförfarande

Svensk Dos bestrider Apotekstjänsts påstående om att det i realiteten skulle vara fråga om upphandling av läkemedel. Dosdispensering är uppenbarligen en tjänst som tillhandahålls. Det som upphandlas är tjänsten dosdispensering och inte läkemedlen i sig. En sådan tjänst upphandlas på det sätt som landstingen nu gör.

Krav avseende leverantörens val av läkemedelsförpackningar

Alla leverantörer har haft lika möjligheter att baserat på landstingens förfrågningsunderlag lämna anbud i upphandlingen och beräkna samt ta höjd för de affärsmässiga risker som kan tänkas föreligga. Inte heller kan konkurrensen anses ha snedvridits av de villkor som påförs leverantören beträffande val av läkemedelsförpackningar, eftersom samtliga anbudsgivare har haft att efter bästa förmåga lämna anbud på samma grunder och villkor. Apotekstjänst kan i alla händelser inte anses ha lidit skada.

Krav om leverantörens absoluta skyldighet att leverera

Det kan konstateras att de krav som landstingen uppställer beträffande leverans uppenbarligen är desamma för samtliga anbudsgivare och har varit kända redan innan anbud har avgivits. För det fall dessa krav skulle anses utgöra någon affärsrisk är det fråga om samma affärsrisk för samtliga anbudsgivare. Likabehandlingsprincipen kan under inga omständigheter ha åsidosatts, eftersom samtliga anbudsgivare påförts exakt samma krav och har haft exakt samma förhållanden att ta i beaktande när respektive anbudspris bestämdes. Apotekstjänst har i alla händelser inte lidit någon skada. Utebliven betalning från patienter avseende dosdispenserade läkemedel är för övrigt inte något utbrett problem på marknaden och torde inte innebära mer än högst en marginal affärsrisk i sammanhanget.

Tillämpad avtalstid

Landstingens tillämpade avtalstid strider inte mot bestämmelserna i LOU. Det anges inte i förfrågningsunderlaget att ny leverantör har någon rätt att leverera från och med den 3 mars 2016 på det sätt som Apotekstjänst tycks göra gällande. Denna tid ska i stället ses som en förberedelsetid där avtalet enligt överenskommen plan överförs på sätt som anges i förfrågningsunderlaget. I detta avseende anges det även tydligt i förfrågningsunderlaget att ny leverantör endast erhåller betalning för det fall dosdispenseringsdagar sker. För det fall nuvarande leverantör, dvs. Apotekstjänst, fortsätter leverera mars ut sker inga dosdispenseringsdagar och nuvarande leverantörs avtal har således inte trätts för när. Därtill kommer att samtliga leverantörer har haft att anpassa sina anbud till rådande villkor och förhållanden i upphandlingen. Förhållandena är desamma för samtliga anbudsgivare och har varit kända redan innan anbud har avgivits. Apotekstjänst har inte lidit någon skada.

Frågan om ramavtal

Landstingens avtal utgör inget ramavtal. Det är uppenbart att upphandlingens huvudsakliga föremål inte är av ramavtalskaraktär. Villkoren och omfattningen av vad som ingår i avtalet är klarlagt. Det förhållandet att den exakta volymen inte är angiven på förhand medför inte att avtalet är att betrakta som ett ramavtal. Hur andra landsting betecknar sina avtal saknar relevans för bedömningen av det specifika avtalet som är föremål för prövning i förevarande mål. Det är för övrigt inte heller rubriceringen av ett avtal som avgör huruvida det är att anse som ett ramavtal, utan det sker utifrån en funktionell bedömning av själva avtalet. En sådan bedömning av landstingens avtal kan inte leda till någon annan slutsats än att det inte utgör något ramavtal.

FÖRFRÅGNINGUNDERLAGET

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

2.1 Anbudets form och innehåll

Anbudet ska vara undertecknat av behörig företrädare hos leverantören.

kravspecifikation 1 A. punkt 2.6 Leverantörens ekonomiska ställning.

Leverantören ska i sitt anbud redogöra för och verifiera finansieringen av verksamheten samt vilka resurser och säkerheter denne har till sitt förfogande för att möta oförutsedda kostnader under avtalsperioden.

Till anbudet ska även bifogas en ekonomisk redovisning från den senaste periodrapporteringen genom vilken en ekonomisk stabilitet ska kunna utläsas så att ett långsiktigt avtal med landstinget kan upprätthållas.

kravspecifikation 1 A. punkt 2.8 Krav på kapital.

För att landstinget ska kunna säkerställa hög säkerhet och kontinuitet vid läkemedelshandlingen för patient och vårdpersonal ska leverantören senast vid avtalstecknandet förfoga över 40 mkr i kapital. Kapitalet ska bibehållas i företaget under hela avtalstiden som en säkerhet för att ett långsiktigt avtal med landstinget kan upprätthållas. Med kapital förstås eget kapital, bankgaranti, moderbolagsgaranti eller likvärdig garanti.

Verifikation: Leverantören ska inom 2 v efter anmodan (under utvärderingen) inkomma med handling som styrker att leverantörens senast vid avtalstecknandet kommer att förfoga över 40 mkr i kapital.

Om kapitalet inte finns i företaget gäller villkor enligt stycke 2.11 – Annat företags kapacitet.

Kravspecifikation 2.9 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Leverantören ska för att vara kvalificerad ha, eller bedömas kunna bygga upp, för avtalet erforderlig styrka, förmåga, kompetens, kapacitet och erfarenhet (dvs. organisation för säker drift av omfattande dosdispensering) för att säkerställa uppdraget till planerad avtalsstart samt under kontraktstiden.

Som bevis på att kravet uppfylls ska leverantören bifoga en beskrivning av sin kapacitet att tillgodose behovet utifrån de förutsättningar som framgår av detta förfrågningsunderlag innehållande:

En företagspresentation inklusive nuvarande organisation samt organisation inför avtalsstart inkl. eventuell erfarenhet av likvärdig verksamhet, beskrivning av arbetsmetod, och kompetensnivå för angiven personal.

Kravspecifikation 1 B 2.3 Sortiment

Leverantören ska:

[...] vid samma läkemedelsprodukt i möjligaste mån nyttja förpackning med lägst styckpris per doseringsenhet för sortiment som dosdispensering, undantag kan ske i samråd med sortimentsgruppen.

Kravspecifikation 12 B 2.7 Leveranser

Leverantören ska: [...] Tillhandahålla avhämtningsställen med en god geografisk spridning inom respektive landsting, placerade så att avståndet för dosmottagare inte ökar väsentligen i förhållande till nuvarande situation. Leverantören ska redovisa avtalade av-

hämtningsställen till landstingen, senast tre månader före avtalsstart. Landstingen avgör om den geografiska spridningen är tillräcklig.

[...] Säkerställa en öppen logistiklösning där spårning av leveranser och ingående kollin fram till den punkt där ansvaret övergår till dospatient eller dosmottagande enhet, datum och klockslag för avlämning/mottagning ska registreras. Leverans ska kvitteras av mottagare och namn på mottagare vid avhämtningsstället ska dokumenteras. Underlag som beskriver leveranstider, ev förseningar och namn på mottagare ska kunna tillhandahållas. Ev felaktigheter vid leveranser ska åtgärdas omedelbart.

DOMSKÄL

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 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 1 kap. 2 § LOU framgår bland annat följande. Endast 15 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster).

I 2 kap. 15 § LOU anges att med ramavtal avses 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 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Förvaltningsrätten finner anledning att först pröva om upphandlingen har varit möjlig att genomföra enligt reglerna i 15 kap. LOU om förenklat förfarande.

Tillämplig avtalsform

Av 1 kap. 2 § LOU framgår att endast 15 kap. LOU ska tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster). I bilaga 2 räknas A-tjänster upp och i bilaga 3 räknas B-tjänster upp. Specificeringen av A-tjänster är uttömmande, medan uppräknningen av B-tjänster även innefattar punkten "övriga tjänster". En tjänst som inte kan hänföras till någon av de uppräknade A- eller B-tjänsterna utgör således en B-tjänst. Om verksamheten inte är en A-tjänst utgör den en B-tjänst och upphandlingen kan därmed ske utifrån endast 15 kap. LOU.

Även om landstingen och Svensk Dos inte närmare har utvecklat varför upphandlingen faller under B-tjänster anser förvaltningsrätten att det genom utredningen i målet är klarlagt att det som upphandlats enbart är tjänsterna dosdispensering och dosexpediering. Dessa tjänster omfattas inte av den uttömmande uppräknningen i 1 kap. 2 LOU bilaga 2. Det är därmed fråga om en B-tjänst som upphandlas med ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU och det föreligger i denna del inte några brister mot LOU:s regler. Vad Apotekstjänst anfört om att dosdispensering i realiteten innebär en försäljning av läkemedel föranleder inte någon annan bedömning. (jfr Konkurrensverkets yttrande den 26 mars 2014, dnr 175/2014). Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att Apotekstjänst inte har visat att landstingen har använt ett otillåtet förfarande i upphandlingen.

Ramavtal

Apotekstjänst har även tagit upp frågan om avtalet ska ses som ett ramavtal. Enligt definitionen i 2 kap. 15 § LOU avses med ett 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. En skillnad mellan ett ramavtal och ett vanligt upphandlingskontrakt är att ramavtal vanligtvis inte har någon fastställd volym.

Enligt förvaltningsrättens mening klargör förfrågningsunderlaget kvantiteten av den upphandlande myndighetens behov och den beräknade omfattningen av leveranserna får därmed anses framgå med tillräcklig tydlighet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 juli 2013 i mål nr 3124--27-13). Det aktuella förfrågningsunderlaget och avtalsmallen saknar även bestämmelser om avrop och förvaltningsrätten finner att det inte heller finns något som tyder på att avrop är aktuellt i upphandlingen. Vad Apotekstjänst gör gällande om att ett avrop sker varje gång ett dosrecept har utfärdats ändrar inte denna bedömning. Med hänsyn till detta, och mot bakgrund av att det av förfrågningsunderlaget framgår att det avtal som ska ingås i den aktuella upphandlingen endast omfattar en leverantör samt att kontraktsvillkoren huvudsakligen är fastställda, anser förvaltningsrätten att upphandlingen är att beteckna som ett vanligt upphandlingskontrakt och inte ett ramavtal. Vid denna bedömning är inte heller reglerna om begränsning av avtalstid för ramavtal i 5 kap 3 § LOU tillämpliga.

Förvaltningsrätten finner i sammanhanget att kontraktsmodellen att landstingen var för sig bestämmer om de vill förlänga avtalet är en rent avtalsrättslig fråga. Villkoret gäller lika för samtliga anbudsgivare och utgör inte heller i sig något brott mot LOU.

Affärsmässighet, förpackningsstorlekar, leveransskyldighet, kreditrisk

Apotekstjänst har ifrågasatt vad man benämner upphandlingens affärsmässighet i fråga om bland annat krav på förpackningsstorlekar samt påpe-

kat att leverantörens skyldighet att leverera kan leda till en kreditrisk.

Kravet på affärsmässighet har utmönstrats ur LOU men denna ändring av lagtexten har inte varit avsedd att innebära någon ändring av rättsläget vad gäller vilka rättsprinciper som ska iakttas vid en upphandling (se prop. 2006/07:128 s. 157).

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling 1 kap. 9 § LOU (jfr bland annat RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78).

Förvaltningsrätten finner att kraven om förpackningsstorlek samt om en leveransskyldighet för leverantören är adekvata för den upphandlade tjänsten. Kravet att nyttja förpackning med lägst styckpris per doseringsenhet får anses vara en berättigad metod för att hålla kostnaderna nere. Förvaltningsrätten finner inte heller att kraven på leveransskyldighet och en eventuellt därpå följande kreditrisk i sig kan anses bryta mot principerna i LOU. Den omständigheten att ett enskilt företag på grund av de ställda kraven har svårigheter att kalkylera sin vinstmarginal kan i sig inte anses utgöra ett brott mot principerna i LOU. Något skäl för ingripande enligt LOU på denna grund har således inte framkommit.

Avtalstid

Bolaget har anfört att avtalstiden för upphandlingen inledningsvis innebär en viss överlappning med innevarande avtalsperiod och att övertagande leverantör inte får ersättning under denna period samt att detta strider mot de grundläggande principerna i LOU. Förvaltningsrätten finner att den omständigheten att någon särskild ersättning inte utgår till övertagande leverantör under denna tid får beaktas vid beräkningen av anbudspriset. Utformningen av avtalet i dessa delar står enligt förvaltningsrättens mening inte i strid med de grundläggande principerna i LOU eller unionsrätten i

övrigt. Villkoret gäller lika för samtliga anbudsgivare. Att Apotekstjänst anser att man inte kan dra fördel av sin position som nuvarande leverantör ändrar inte denna bedömning.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Apotekstjänst inte visat att det funnits sådana brister i förfrågningsunderlaget att upphandlingen på denna grund bör göras om.

Ska-krav

Förvaltningsrätten övergår därmed till att pröva om anbudet från Svensk Dos skulle ha förkastats på grund av bristande kravuppfyllnad.

Huvudregeln enligt det upphandlingsrättsliga regelverket är att endast de anbud som uppfyller ska-krav i förfrågningsunderlaget får utvärderas. Anbud som inte uppfyller ska-kraven ska förkastas. Ett anbud som inte uppfyller ställda ska-krav ska dock inte förkastas om detta skulle vara oproportionerligt eller strida mot likabehandlingsprincipen. Detta är fallet om avvikelserna endast är oväsentliga och irrelevanta (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 2391-12 och Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 897-14).

Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlade föremålet är riktiga. En sådan kontrollskyldighet kan i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska kraven som angetts i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 27 september 2011 i mål nr 1472-1474-11).

Underskrift

Enligt ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget ska anbudet vara signerat av behörig företrädare för anbudsgivaren. Bolaget har gjort gällande att Svensk Dos inte borde ha kvalificerats till utvärdering då deras undertecknade anbud inte var signerade av personer som enligt registerutdrag hade rätt att teckna företagets firma.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget anges att anbudet ska undertecknas av behörig företrädare. För att bedöma behörigheten får allmänna civilrättsliga regler tillämpas. En anställd kan genom sin ställning ha behörighet att avge anbud. Behörighet att företräda ett bolag kan också följa av en muntlig eller skriftlig fullmakt, förutsatt att den eller de som lämnat fullmakten har sådan behörighet. (jfr Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1853-13 och 2488-13). Svensk Dos anbud är undertecknat av verkställande direktör (VD) som inte var firmatecknare i Svensk Dos vid tiden för ingivandet av anbudet. Däremot var en fullmakt utfärdad för VD av behöriga firmatecknare. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att VD får anses ha varit behörig att företräda Svensk Dos när han undertecknade företagets anbud.

Ekonomisk ställning

Apotekstjänst har i första hand gjort gällande att Svensk Dos anbud inte uppfyllt förfrågningsunderlagets ska-krav avseende ekonomisk ställning och kapital genom att Svensk Dos VD inte kunnat intyga att kraven uppfylldes eftersom denne saknat behörighet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte har uppställts några krav i upphandlingen om vem som ska vara behörig att för leverantörens räkning intyga om företagets ekonomiska ställning. Något hinder för att redogörelsen undertecknats av VD kan därmed inte finnas. Vad bolaget anfört om reglerna i årsredovisningslagen och aktiebolagslagen saknar i samman-

hanget betydelse. Förvaltningsrätten konstaterar att LOU inte närmare reglerar hur leverantörer kan bevisa sin ekonomiska ställning. Det är således upp till den upphandlande myndigheten att i ställa vilka krav man anser nödvändiga. I kravspecifikation 2.6 anges inte annat än att leverantören i sitt anbud ska redogöra och verifiera den ekonomiska ställningen samt bifoga en ekonomisk redovisning från den senaste periodrapporteringen. Något krav på att den ekonomiska ställningen ska redovisas enligt samma regler som gäller för en årsredovisning eller analogt med bestämmelserna i aktiebolagslagen går inte att utläsa. Förvaltningsrätten finner därmed att det har varit möjligt för VD att lämna de efterfrågade uppgifterna. Utifrån denna bedömning har någon komplettering eller förtydligande av anbudet inte heller skett.

Apotekstjänst har vidare anfört att kravet på kapital 40 Mkr inte är uppfyllt med hänvisning till den ekonomiska prognos man gjort för Svensk Dos.

Vad gäller kravet på kapital så följer det av förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren efter anmodan skulle kunna komma in med handling som styrker att man senast vid avtalstecknandet kommer att förfoga över 40 mkr i kapital. Apotekstjänst har, med hänvisning till årsredovisning samt ekonomisk prognos, gjort gällande att Svensk Dos anbud inte har en sådan ekonomisk förmåga att det kan upprätthålla kontraktet under hela den tid som avses i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten har enbart att pröva om upphandlingen följt principerna i LOU och ska inte pröva om ett visst anbud är ekonomiskt hållbart.

Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontroll stäcker sig i vart fall inte längre än

att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Landstinget har således inte haft någon skyldighet att säkerställa att de uppgifter anbudsgivarna har lämnat är riktiga så som bolaget anfört.

Det är den upphandlande myndigheten som har att göra bedömningen avseende den ekonomiska stabiliteten. Landstingen har anfört att Svensk Dos har uppvisat en stabil ekonomisk bas och att bolaget har tillgång till resurser som svarar mot anbudets omfattning och innehåll. Landstingen har således genomfört en granskning av Svensk Dos finansiella ställning utifrån de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget och har därvid bedömt att bolaget har en stabil ekonomisk bas. Enligt förvaltningsrätten framkommer inte annat än att Svensk Dos uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven avseende finansiell och ekonomisk ställning. Förvaltningsrätten finner det därmed inte visat att landstinget har frångått de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget eller att kraven i 1 kap. 9 § LOU åsidosatts på sätt som Apotekstjänst gjort gällande.

Kravet på leveranssäkerhet

Apotekstjänst gör gällande att det finns skäl att ifrågasätta att Svensk Dos kommer att kunna uppfylla kravet på leveranssäkerhet. Förvaltningsrätten finner att det av förfrågningsunderlaget inte går att utläsa annat än att den logistiklösning som efterfrågats också är den som erbjudits i Svensk Dos anbud. Någon bevisning i övrigt som styrker bolagets påståenden om att Svensk Dos kapacitet i leveranssäkerhet inte skulle vara tillräcklig har inte heller förebringats. Förvaltningsrätten konstaterar att det av kravspecifikationen inte framgår att kapaciteten ska föreligga redan vid anbudslämnandet. Någon anledning att ifrågasätta upphandlingen på denna grund saknas således.

Sammanfattningsvis har bolaget inte visat att landstingen har agerat i strid med LOU eller unionsrätten i övrigt. Ansökan ska därför avslås.

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

Lina Törnqvist
rådman

Målet har handlagts av Nicklas Rydgren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.