

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**
2015-07-01
Meddelad i
VäxjöMål nr
4488-14**SÖKANDE**Kronans Droghandel Apotek AB, 556787-2048
Lindhagensgatan 120
104 25 StockholmOmbud: Advokaterna Olof Larsberger och Joakim Lavér
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm**MOTPART**Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar**SAKEN**

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län (Landstinget) genomför en upphandling av ”Läkemedelsförsörjning”. Enligt tilldelningsbeslut den 18 december 2014 beslutade Landstinget att anta ApoEx AB (ApoEx) som leverantör.

Kronans Droghandel Apotek AB (Kronan) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny utvärdering varvid anbudet från ApoEx förkastas. I andra hand yrkar Kronan att upphandlingen ska göras om.

Landstinget yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA ANFÖR

Parterna har fört en utförlig argumentation som här återges i de delar den har betydelse för beskrivningen av frågeställningarna i målet.

Kronan

Landstinget har antagit ApoEx anbud trots att detta inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav. Härigenom har Landstinget brutit mot principerna om likabehandling och transparens i LOU. Kronan har lidit, eller kan komma att lida skada, till följd av Landstingets överträdelse.

I punkten 2.3.1 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget anges att om leverantören avser att utnyttja underleverantörer för att genomföra vissa delar av uppdraget ska anbudsgivare bifoga information kring underleverantör motsvarande de företagsuppgifter som lämnas i an-

budet. Vidare framgår av nämnda punkt att anbudsgivare genom att kryssa i en ja- eller nej-ruta ska ange om anbudsgivaren avser att utnyttja underleverantörer eller inte. I punkten 2.3.4 anges att anbudsgivaren ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Om anbudsgivaren avser lägga ut vissa delar av upphandlingskontraktet på underleverantör ska detta redovisas genom att i anbudet redogöra för hur anbudsgivaren förfogar över resurserna hos underleverantören som är nödvändiga för att uppfylla eventuellt kontrakt. Det innebär att anbudsgivare på begäran ska kunna bifoga relevant fakta som bevisar att kraven i förfrågningsunderlaget kommer att uppfyllas. Uppgift om underleverantörs organisationsnummer ska anges. Under frågor och svar anges i svaret till fråga 35 att med underleverantör avses annan leverantör än anbudsgivaren, som bistår anbudsgivaren vid det faktiska tjänsteuppdraget. Sammanfattningsvis kan således konstateras att Landstinget i upphandlingen ställt obligatoriska krav på att eventuella underleverantörer ska redovisas i anbudet och att anbudsgivarna i anbudet ska redogöra för hur anbudsgivarna förfogar över resurserna hos underleverantören som är nödvändiga för att uppfylla ett eventuellt kontrakt.

Av punkten 3 i avtalsmallen framgår att leverantören åtar sig att till Landstinget utföra läkemedelsförsörjning i enlighet med avtalet och uppställda krav i förfrågningsunderlaget. Dessa krav gäller bl.a. tillverkning och beredning av cytostatika och radiofarmaka och ansvar för lokalvård av lokalerna för sådan tillverkning och beredning. I punkten 2.1 i kravspecifikationen anges att leverantören ska åta sig att tillverka och bereda cytostatika och radiofarmaka. I punkten 2.7.4 anges vidare att leverantören ska ansvara för och bekosta lokalvård i Landstingets lokaler, där leverantören bedriver sin verksamhet. I lokalbilagan anges att leverantören ska använda anvisade lokaler och att Landstinget bekostar hyran och står för den befintligt fasta utredningen. Lokalvård och städning av isolatorer och säkerhetsbänk bekostar leverantören. Så även anskaffning, tvätt etc. för den klädsel och övrig personlig (skydds-)utrustning som tillverkningsenheten kräver. I lokal-

bilagan framgår även att leverantören ska stå för löpande validering av lokalerna.

De lokaler som det nu är fråga om ställer mycket höga krav på säkerhet och hygien och vården kan inte jämföras med normal lokalvård. Tjänsten att validera lokalerna tillhandahålls inte av någon apotekskedja i egen regi såvitt Kronan vet. Valideringsresultatet är en kvalitetsstämpling som kräver hög teknisk färdighet och avancerad apparatur. Validering av den berörda verksamheten tillhandahålls av ett starkt begränsat antal aktörer på den svenska marknaden. Såväl renrumsstädning som validering av det slag som efterfrågas i upphandlingen är tjänster som ApoEx inte kommer att kunna tillhandahålla i egen regi. ApoEx kommer således att vara i behov av att anlita underleverantörer beträffande dessa tjänster. Det förhållandet att tilltänkt avtalsstart är den 1 januari 2016 saknar relevans i sammanhanget.

Det framstår som helt uppenbart att ApoEx kommer att vara i behov av att anlita underleverantörer för utförande av delar av cytostatika- och radiofarmakatillverkningen och i vart fall för utförande av lokalvården av tillverkningslokalerna liksom validering av desamma. ApoEx skulle därför rätteligen i anbudet ha lämnat information om underleverantörer i dessa delar och redogjort för hur ApoEx förfogar över underleverantörernas resurser. Det förhållandet att ApoEx har underlåtit detta innebär att bolagets anbud inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen.

ApoEx har lämnat information om att man avser att använda underleverantörer till kundtjänst, support, logistik, transport samt fakturering och inkassohantering. Bolaget har dock underlåtit att lämna information om underleverantörer beträffande lokalvård och validering. Av bilaga 12 till ApoEx anbud framgår att leverantören inte har någon tillverkningsverksamhet inom den egna organisationen. Det kan således konstateras att leve-

rantören vid tiden för ingivandet av sitt anbud helt saknade kompetens rörande tillverkning/beredning av cytostatika och radiofarmaka. I samma bilaga anges visserligen att leverantören vid ett positivt tilldelningsbesked skulle rekrytera nödvändig kompetens för tillverkning/beredning av cytostatika och radiofarmaka. Denna rekrytering kan dock inte antas utföra vare sig lokalvård eller löpande validering av de berörda lokalerna. För Kronan framstår det som uppenbart att en leverantör som idag helt saknar kompetens av sådan tillverkning som det nu är fråga om kommer att vara i behov av underleverantörer för att klara tjänsteuppdraget i denna del. Under alla förhållanden, dvs. även om ApoEx rekryterar intern kompetens avseende tillverkning så kommer leverantören vara i behov av extern kompetens beträffande renrumsstädning samt för validering av lokalerna. Det framstår som högst osannolikt att ApoEx själv skulle kunna skaffa sig sådan kompetens och utföra dessa tjänster i egen regi. Apoex har bekräftat i en ”jarruta” att bolaget uppfyller ställda krav. Detta kan dock inte tas för intäkt för att så är fallet. Avgörande är i stället om det utifrån ställda krav, anbudets utformning och övriga relevanta omständigheter framgår att anbudet uppfyller alla obligatoriska krav. Landstinget har uppfattningen att lokalvård och validering enbart är att betrakta som utförarfrågor. Detta är felaktigt. Det är tydligt av pkt 1.2 i administrativa föreskrifterna samt pkt 1.3 samt 2.7.4 i kravspecifikationen att lokalvård ingår i upphandlingen. Av lokalbilagan framgår att uppdraget även omfattar validering av lokaler m.m. för tillverkning/beredning av cytostatika och radiofarmaka.

Landstinget

I förfrågningsunderlaget uppställs inget krav på att anbudsgivare ska lägga ut vissa delar av upphandlingskontraktet på underleverantörer. Endast för det fall en anbudsgivare avser att lägga ut vissa delar av upphandlingskontraktet på underleverantörer var det ett krav att detta skulle redovisas genom att anbudsgivaren i anbudet redogjorde för hur anbudsgivaren för-

fogar över dessa resurser. Såsom kravet utformats var det vidare endast på begäran från Landstinget som en anbudsgivare i förekommande fall skulle bifoga relevanta fakta utvisande att det omtvistade kravet i förfrågningsunderlaget skulle komma att uppfyllas.

ApoEx har varken uttryckt någon avsikt eller angett i anbudet att bolaget avser använda underleverantörer avseende de uppdrag Kronan benämner tillverkning av cytostatika och farmaka samt renrumsstädning och validering av lokalerna. Landstinget äger enligt fast rättspraxis rätt att lita på att anbudsuppgifterna stämmer och utgår från att ApoEx inte har för avsikt att använda sig av några underleverantörer för dessa tjänster. Därmed har det inte heller uppkommit några förpliktelser för ApoEx att ange någon information om underleverantörer. Landstinget bestrider Kronans slutsatser att ApoEx inte skulle kunna utföra samtliga delar av uppdraget i egen regi där ApoEx inte uttryckligen angivit i anbudet att underleverantörer avses användas.

Varken lokalvården eller valideringen av lokalerna och utrustningen är till sin karaktär kopplade till det faktiska tjänsteuppdraget avseende själva läkemedelsförsörjningen som avser tjänster såsom anskaffning av läkemedel, lagerhållning, packning och plockning, logistiklösningar, distribution, läkemedelsleveranser, drift av enheter för tillverkning/beredning av cytostatika och radiofarmaka och faktiskt tillverkning av desamma. Det är Landstinget som har uppställt kravet och angett begreppet underleverantör och är bäst skickat att avgöra vad som menas med det. Det ovan anförda innebär att även för det fall ApoEx skulle haft för avsikt att anlita extern utförare avseende lokalvård och löpande validering, vilket i och för sig bestrids, så blir den externa utföraren endast att betrakta som leverantör och inte i något avseende som underleverantör. Av detta följer också att ApoEx i vilket fall som helst inte haft att bifoga någon som helst information om dylika,

hypotetiska, externa utförare av lokalvård eller validering av lokaler och utrustning.

Själva tillverkningen/beredningen av cytostatika och radiofarmaka är inte föremål för leverantörskvalificering eller utvärdering. Detta är endast att betrakta som en utförarfråga som regleras inom ramen för tecknat kontrakt mellan Landstinget och antagen leverantör. Landstinget vitsordar dock att tillverkning/beredning av cytostatika och radiofarmaka till sin karaktär har en så nära anknytning till upphandlingen att det är att betrakta som en del av det faktiska uppdraget. ApoEx har i sitt anbud uppgett att ApoEx i nuläget inte bedriver någon sådan tillverkningsverksamhet vilket inte heller var något krav. ApoEx uppfyller vidare samtliga krav på myndighetstillstånd som ställts i förfrågningsunderlaget och som skulle vara uppfyllda i samband med avgivandet av anbudet. ApoEx har även i sitt anbud kryssat i ”Ja”-rutan att det särskilda kontraktsvillkoret att samtliga tillstånd som krävs för att utföra tjänsten inklusive de som krävs för att få tillverka/bereda cytostatika och radiofarmaka, kommer att visas upp för Landstinget senast 60 dagar före driftstart. Landstinget finner inte anledning att betvivla att ApoEx verkligen kommer att kunna bedriva tillverkningsverksamheten i enlighet med kontraktshandlingarna. I bilaga 07 till ApoEx anbud framgår att bolaget avser utföra tillverkning/beredning av cytostatika och radiofarmaka i egen regi med anställd personal som avses rekryteras för det fall ApoEx vinner upphandlingen. ApoEx tilltänkta personalstyrka för ändamålet motsvarar den nuvarande leverantörens varvid den får anses betryggande.

Renrumsstädning och löpande validering av lokalerna är varken föremål för leverantörskvalificering eller utvärdering. Dessa delar av uppdraget är endast att betrakta som utförarfrågor, vilka regleras inom ramen för ett tecknat kontrakt mellan Landstinget och den leverantör som antas. Landstinget bestrider att såväl lokalvård som löpande validering är en så pass

central del av föremålet för upphandlingen att de är att betrakta som en del av det faktiska uppdraget. Vad gäller lokalvård inklusive renrumsstädning är detta inte heller så komplext som Kronan vill göra gällande.

Sammanfattningsvis är Kronans resonemang om att ApoEx inte uppfyller ställda obligatoriska krav i nämnda hänseenden att betrakta som lösryckta, hypotetiska spekulationer.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska 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 denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Obligatoriska krav på lokalvård, validering och underleverantör

Obligatoriska krav på anbudsgivaren och anbudet måste vara uppfyllda för att anbudet ska kunna utvärderas. Enligt punkt 2.7.4 i förfrågningsunder-

lagets kravspecifikation ska leverantören bekosta och ansvara för lokalvård i landstingets lokaler, där leverantören bedriver sin verksamhet. Av bilaga 2.2 ”lokaler” i underlaget framgår vilka utrymmen detta avser. I samma bilaga anges även att leverantören ska stå för löpande validering av lokaler och säkerhetsbänk. Resultaten ska delges landstinget. Av punkt 2.3.4 i förfrågningsunderlaget framgår att om leverantören avser att låta underleverantör utföra vissa delar av kontraktet ska detta redovisas i anbudet. Innebörden härav har belysts i frågor och svar. Landstinget har i fråga 35 ombetts att bekräfta att kraven i bland annat 2.3.4 endast avser företag som anbudsgivaren anlitar för att de ska utföra del av uppdraget för anbudsgivarens räkning och inte företag vars produkter eller tjänster anbudsgivaren köper in och sedan själv använder för att bland annat utföra uppdraget. Landstinget har besvarat frågan så, att med underleverantör förstås annan leverantör än anbudsgivaren, som bistår anbudsgivaren vid det faktiska tjänsteuppdraget. I LOU saknas en närmare definition av begreppet underleverantör.

Krav på bevis avseende kravuppfyllnad av lokalvård, validering och underleverantör

I förfrågningsunderlaget under punkt 2.3.4 i administrativa föreskrifter anges att anbudsgivaren ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Till anbudet ska bifogas en kortfattad och övergripande företagsbeskrivning innehållande bl.a. tillgängliga resurser samt annan relevant information. Anbudsgivaren ska även redovisa ”planerad organisation för uppdraget innefattande sammansättning av personal och ingående kompetens...” Om underleverantör avses användas ska detta likaså redovisas i bilaga.

Längst ned i stycket finns en ruta där anbudsgivaren kan bekräfta att de obligatoriska kraven i punkt 2.3.4 är uppfyllda samt ange vilka bilagor som

åberopas. Följande är ostridigt avseende ApoEx anbud. Bolaget har bekräftat i ja-rutan att de obligatoriska kraven är uppfyllda samt angett ett antal bilagor som bifogats anbudet. Av dessa bilagor ingår bl.a. uppgifter om vilka underleverantörer som är kontrakterade samt företagsbeskrivningar. Inga uppgifter finns avseende underleverantörer av lokalvård och validering.

Det står den upphandlande myndigheten fritt att formulera krav och de beviskrav som gäller. Förutsättningen är dock att gällande regler och principer i LOU inte träds förnär. Detta innebär också att om ställda krav är uppfyllda har den upphandlande myndigheten rätt att lita på lämnade uppgifter. Detta gäller under förutsättning att det inte framkommer uppgifter som visar det.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Kronan menar i huvudsak att ApoEx inte kan uppfylla kravet på lokalvård och validering eftersom det framstår som helt osannolikt att ApoEx skulle investera och starta denna verksamhet i egen regi samt att ApoEx underlåtit att lämna information om alla underleverantörer och hur bolaget förfogar över deras resurser. Kronan menar även att det inte framgår av anbudet att ApoEx klarar att utföra renrumsstädningen och valideringen. Enligt Landstinget innebär ApoEx anbud att bolaget genom angiven kvalitets- och GMP-ansvarig kommer att säkerställa att alla rutiner följs samt tillse att interninspektioner (egenkontroller eller valideringar) kommer att utföras. Avseende lokalvården menar Landstinget att denna inte är så komplex samt att ApoEx inte angett i anbudet att man avser att använda sig av underleverantör.

Landstinget anser att även för det fall ApoEx skulle haft för avsikt att anlita extern utförare avseende lokalvård och löpande validering, så blir den

externa utföraren endast att betrakta som leverantör och inte i något avseende som underleverantör. Enligt förvaltningsrättens mening är denna uppfattning förenlig med förfrågningsunderlagets utformning och det svar Landstinget gett på fråga 35. Vad Kronan anfört leder inte till att innebörden av uttrycket underleverantör i upphandlingen ska anses vara en annan. Såsom förfrågningsunderlaget är utformat anser förvaltningsrätten att ApoEx anbud uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget avseende lokalvård, validering och angivande av underleverantör. Vid denna bedömning föreligger inte grund för att bifalla ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten finner emellertid anledning att även uttala sig över huruvida Landstinget, med Kronans syn på uttrycket underleverantör, borde ha ifrågasatt de uppgifter ApoEx lämnat om sin kapacitet. Huvudregeln är härvid att sökanden ska visa att den upphandlande myndigheten handlat i strid med LOU. Vad Kronan anfört talar visserligen för att en leverantör som saknar kompetens av sådan tillverkning som det nu är fråga om, kommer att vara i behov av underleverantörer för att klara tjänsteupdraget med renrumsstädning samt för validering av lokalerna. Enligt förvaltningsrättens mening är dock steget därifrån långt till att, mot Landstingets bestridande, finna dessa förhållanden visade i fråga om ApoEx anbud. Förvaltningsrätten konstaterar, att någon bevisning som tillåter en sådan bedömning inte föreligger i målet. Sammantaget finner förvaltningsrätten att Kronan inte har visat att Landstinget har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sätt som medfört att Kronan har lidit eller kan komma att lida skada. Kronans ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Magnus Hansson

Föredragande har varit Helene Larsson.



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.