



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2012-08-14  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
9478-12  
Enhet 14

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012-08-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**SÖKANDE**

ApoEx AB, 556633-4149  
Box 6079  
102 32 Stockholm

**MOTPART**

Försvarmakten, Försvarmaktens Logistik, Upphandlingsenheten  
107 86 Stockholm

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

1. Förvaltningsrätten avslår ApoEx AB:s ansökan om överprövning av Försvarmaktens beslut att avbryta sin upphandling avseende läkemedel, dnr FM 1328-10.
2. Förvaltningsrätten avskriver ApoEx AB:s ansökan om överprövning av Försvarmaktens upphandling avseende läkemedel, dnr FM 1328-10, från vidare handläggning.

Dok.Id 249252

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

### **BAKGRUND**

Försvarsmakten har genomfört en upphandling avseende läkemedel, dnr FM 1328-10. Enligt tilldelningsbeslut har Försvarsmakten beslutat att tilldela Apoteket AB (Apoteket) uppdraget. Sedan ApoEx ansökt om överprövning av upphandlingen har Försvarsmakten genom beslut den 21 maj 2012 avbrutit upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs följande. Försvarsmakten kan konstatera att det framkommit brister i förfrågningsunderlaget. Bristerna är av en sådan art att de inte kan rättas inom ramen för upphandlingen. Försvarsmakten kommer därför att avbryta upphandlingen.

### **YRKANDEN M.M.**

**ApoEx AB (ApoEx)** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen rättas avseende den del som rör bilaga 4 "varukorg" i enlighet med förtydligande 3 och i andra hand att upphandlingen görs om med oförändrade anbudsunderlag. Till stöd för sin ansökan om överprövning av upphandlingen anför ApoEx bl.a. följande.

Efter anbudsförfrågan från Försvarsmakten inkom ApoEx med ett anbud den 20 mars 2012. I tilldelningsbeslut av den 20 april 2012 har Försvarsmakten angett att ApoEx inte uppfyller ställda krav i bilaga 4 enligt publicerat förtydligande 3 avseende "Varukorg". ApoEx begär överprövning av upphandlingen med anledning av att Försvarsmakten, genom att anta Apotekets anbud, har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU samt mot andra bestämmelser i samma lag, vilket medfört att ApoEx lidit skada eller kan komma att lida skada.

I första hand gör ApoEx gällande att Försvarsmakten varit otydlig avseende huruvida förtydligande 3 är del av något skall-krav. Kravspecifikationen avseende skall-krav 1 innehåller anvisningar för hur bilaga 4 ska

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

yllas i av anbudsgivaren. I dessa anvisningar finns ingen information avseende kravet att anbudsgivare ska ange viss förpackningstyp. I förtydligande 3 står tydligt att detta utgör utökade "riktlinjer" för bilaga 4. Ingenstans i förtydligande 3 framgår att detta är del av något skall-krav, vilket framkom först i samband med tilldelningsbeslutet.

I förtydligande 3 utesluter Försvarsmakten inte heller några förpackningstyper utan anger en prioritetsordning för valet av dessa. Flera av de läkemedel som specificeras i bilaga 4 är dessutom inte tillgängliga på den svenska marknaden och måste därför bytas ut av anbudsgivaren för att denne ska kunna uppfylla skall-krav 2 i förfrågningsunderlaget. I vissa fall föreligger därmed en motstridighet mellan förtydligande 3 och skall-krav 2, vilket skapar en osäkerhet hos anbudsgivaren. På grund av dessa omständigheter framstår det för anbudsgivaren som om denne är fri att välja förpackningstyp för de efterfrågade varorna utan att bryta mot något skall-krav. Ingen av de fyra anbudsgivarna har heller uppfyllt skall-kraven i enlighet med förtydligande 3, vilket framgått av tilldelningsbeslutet. Denna omständighet talar starkt för att Försvarsmakten varit otydlig.

I andra hand gör ApoEx gällande att de efterfrågade förpackningstyperna angetts felaktigt till följd av otydligheter i bilaga 4 i förfrågningsunderlaget. För vissa efterfrågade varor har Försvarsmakten angett efterfrågad förpackningstyp i bilaga 4 trots att dessa omfattas av förtydligande 3. För andra efterfrågade varor som också omfattas av förtydligande 3 har ingen särskild förpackningstyp efterfrågats i bilaga 4. Detta ger uppfattningen att Försvarsmakten redan specificerat de i bilaga 4 efterfrågade förpackningstyperna och att förtydligande 3 bara varit ett sätt för Försvarsmakten att förtydliga valet för anbudsgivarna. Denna brist på konsekvens skapar en otydlighet avseende hur förtydligande 3 ska tillämpas.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

De av ApoEx felaktigt angivna förpackningstyperna avser fyra av ca 300 efterfrågade varor. Samtliga fel rör varor för vilka den efterfrågade förpackningstypen inte specificerats. De förpackningstyper vilka Försvarsmakten efterfrågat är vanligt förekommande på den svenska marknaden och kan levereras av alla apotek, inklusive ApoEx. Det måste med hänsyn till detta ha framstått som orimligt för Försvarsmakten att ApoEx inte skulle kunna leverera de efterfrågade förpackningstyperna. Försvarsmakten borde därför ha begärt ett förtydligande eller en komplettering av ApoEx anbud, med stöd av 9 kap 8 § LOU, avseende vilka förpackningstyper som kunde levereras. Med hänsyn till att samtliga anbudsgivare, inklusive Apoteket, har brustit i kravet att fylla i bilaga 4 i enlighet med förtydligande 3 förelåg ingen risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning vid en sådan begäran.

Skulle rätten anse att Försvarsmakten inte borde ha begärt komplettering eller förtydligande av ApoEx anbud gör ApoEx gällande att Försvarsmakten handlat i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap 9 § LOU. Samtliga anbudsgivare, inklusive Apoteket, har brustit i att uppfylla skall-kravet i enlighet med förtydligande 3. Trots detta har endast anbudet från Apoteket gått vidare till utvärdering av pris. ApoEx har på denna grund diskriminerats i förhållande till Apoteket och upphandlingen strider därmed mot reglerna i LOU.

I sista hand gör ApoEx gällande att Försvarsmakten handlat i strid med LOU genom att anta Apotekets anbud, då anbudet inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav. Skall-krav 1 uppfylls inte då Apoteket har offererat generikum/synonympreparat för efterfrågad vara där Försvarsmakten, enligt kravspecifikationen i skall-krav 1, endast accepterar originalpreparat. Skall-krav 2 uppfylls inte då Apoteket för flera efterfrågade varor har offererat läkemedel vilka är säljstoppade samt avregistrerade och som därmed inte är tillgängliga för försäljning på den svenska marknaden. För-

tydligande 3 uppfylls inte då Apoteket offererat förpackningsstorlekar som avviker mer än +/- 10 % från den i bilaga 4 angivna förpackningsstorleken. Apoteket har inte heller uppfyllt ställda krav i bilaga 4 enligt publicerat förtydligande 3 angående att läkemedel i tablett- eller kapselform i storlekar från ca 50 st. och uppåt alltid i första hand ska levereras i endosförpackningar om sådan finns tillgänglig på marknaden, i andra hand blisterförpackning och i tredje hand burkförpackning. Apoteket har dessutom för två efterfrågade varor angett ett helt annat, felaktigt läkemedel i bilaga 4.

ApoEx anbudspris är betydligt lägre än priset för det vinnande anbudet. Det framgår tydligt av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna att det anbud med lägst pris kommer att antas. Av detta följer att ApoEx hade vunnit över Apotekets anbud om Försvarsmakten följt LOU:s regler. ApoEx har med anledning av detta lidit skada till följd av Försvarsmaktens beslut att anta Apotekets anbud.

**Försvarsmakten**, som förelagts att yttra sig över ApoEx ansökan om överprövning av upphandlingen, har anfört bl.a. följande. Försvarsmakten har den 21 maj 2012 beslutat att avbryta upphandlingen på grund av de brister som framkommit under upphandlingens gång. Försvarsmakten anser att bristerna utgör sakliga skäl för ett beslut om att avbryta upphandlingen. Försvarsmakten anser inte att det är möjligt att låta anbudsgivarna rätta/komplettera sina anbud för att därefter göra en ny utvärdering. Ett sådant förfarande skulle enligt Försvarsmakten utgöra ett brott mot transparens- och likabehandlingsprincipen och därmed utgöra grund för överklagande från andra anbudsgivare.

Försvarsmakten anser inte att det finns någon tvekan om att förtydligande 3 i upphandlingen är en del av ett skall-krav. Försvarsmakten bestrider att det skulle vara en enkel åtgärd att på det sätt ApoEx förespråkar låta anbudsgivarna rätta sina anbud. Normalt är det inte möjligt för ett upphand-

lande myndighet att begära in kompletteringar/förtydliganden som på något sätt förändrar de priser som är angivna i anbudet, vilket en ändring av förpackningsstorlek med all sannolikhet skulle komma att innebära. Det måste också beaktas att det kan finnas leverantörer som helt avstått från att lämna anbud i upphandlingen men som kan vara intresserade om förutsättningarna ändras.

**ApoEx** har härefter ansökt om överprövning av Försvarsmaktens beslut att avbryta upphandlingen och yrkat att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet. Till stöd härför anför bolaget i huvudsak följande.

Försvarsmaktens beslut att avbryta upphandling avseende läkemedel är godtyckligt och vilar inte på sakligt godtagbara skäl då Försvarsmakten inte kunnat visa att brister i förfrågningsunderlaget föreligger samt att dessa inte kan rättas inom ramen för upphandlingen. Beslutet strider därför mot såväl nationell rätt som mot EU-rätten.

Försvarsmakten har förvisso möjlighet att besluta om att avbryta en upphandling. Möjligheten är emellertid begränsad och beslutet måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Försvarsmakten har motiverat sitt beslut med att det förekommit brister i förfrågningsunderlaget av sådan art att de inte kan rättas inom ramen för upphandlingen. Försvarsmakten har i skälen till beslutet däremot varken kunnat visa vilka dessa brister är eller varför de inte går att rätta inom ramen för upphandlingen.

Möjligheten för den upphandlande myndigheten att avbryta en pågående upphandling är en undantagsregel i upphandlingsförfarandet och ska därmed i enlighet med EU-domstolens praxis tillämpas restriktivt. Denna restriktivitet innebär att en upphandling endast ska avbrytas då en rättelse inte är möjlig. Det är Försvarsmakten som har att visa att förutsättningar

för att avbryta upphandlingen föreligger. Försvarsmakten har varken visat att sakligt godtagbara skäl för beslutet föreligger eller att upphandlingen inte kan rättas.

Försvarsmaktens beslut att avbryta upphandlingen kom efter ApoEx begäran om överprövning av Försvarsmaktens tilldelningsbeslut i upphandlingen. Den upphandlande myndighetens möjlighet att besluta om att avbryta en upphandling kan orimligt vis syfta till att möjliggöra ett kringgående av LOU genom att låta den upphandlande myndigheten avbryta upphandlingen om inte "rätt" anbudsgivare vinner. Denna möjlighet att gå runt lagstiftningen måste begränsas med en bedömning av om sakligt godtagbara skäl för avbrytandet föreligger, annars riskerar reglerna i LOU att urholkas.

## **DOMSKÄL**

### *Tillämplig bestämmelse*

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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.

### *Förvaltningsrättens bedömning*

ApoEx har ansökt om överprövning av den i målet aktuella upphandlingen som Försvarsmakten har genomfört av läkemedel. Sedan Försvarsmakten beslutat att avbryta upphandlingen har ApoEx även ansökt om överprövning av Försvarsmaktens beslut att avbryta upphandlingen. Det är endast om förvaltningsrätten finner att det finns skäl att bifalla den sistnämnda ansökan som förvaltningsrätten kan pröva ApoEx ansökan om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten tar därför inledningsvis ställning till ApoEx ansökan om överprövning av Försvarsmaktens beslut att avbryta upphandlingen.

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en upphandling krävs att det finns sakliga skäl för ett sådant beslut (se bl.a. RÅ 2008 ref. 35). Den upphandlande myndigheten har även vid avbrytandebeslut att följa de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Försvarsmakten har som skäl för att avbryta upphandlingen angett att det framkommit brister i förfrågningsunderlaget av sådan art att de inte kan rättas inom ramen för upphandlingen. Även om det i avbrytandebeslutet inte närmare angetts vad dessa brister består i anser förvaltningsrätten att det i målet framkommit att innebörden av förtydligande 3 i upphandlingen varit oklar. Enligt förvaltningsrättens mening strider utformningen av förfrågningsunderlaget i denna del mot transparensprincipen. Eftersom denna brist vad gäller utformningen av förfrågningsunderlaget hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan en rättelse inte anses vara en tillräcklig åtgärd. Med hänsyn härtill får Försvarsmakten anses ha haft sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte visat att avbrytandebeslutet strider mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. ApoEx ansökan om överprövning i den del som avser beslutet att avbryta upphandlingen ska därför avslås. Eftersom det vid denna utgång inte finns någon pågående upphandling ska ApoEx ansökan i övrigt avskrivas från vidare handläggning.

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

  
Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit Carina Westin.





# SVERIGES DOMSTOLAR

## 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU