



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-11-22
Meddelad i Linköping

Mål nr
4750-17, 4840-17,
4841-17, 4843-17,
4845-17, 4846-17,
4848-17

SÖKANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
Vårdshusvägen
181 85 Lidingö

Ombud: Advokaten Einar Wanhainen
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPARTER

1. Södermanlands läns landsting, 232100-0032
2. Västmanlands läns landsting, 232100-0172
3. Örebro läns landsting, 232100-0164
4. Värmlands läns landsting, 232100-0156
5. Uppsala läns landsting, 232100-0024
6. Gävleborgs läns landsting, 232100-0198
7. Landstinget Dalarna, 232100-0180

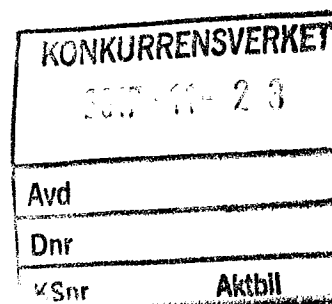
Ombud för 1-7: Chefsjuristen Mona Dalmats
Gävleborgs läns landsting
801 88 Gävle

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 306142

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Inköp Sörmland Västmanland genomför för Södermanlands läns landstings och Västmanlands läns landstings räkning samt som ombud för Örebro läns landsting, Värmlands läns landsting, Uppsala läns landsting, Gävleborgs läns landsting samt Landstinget Dalarna (Landstingen) en upphandling avseende dosdispensering och dosexpедiering av läkemedel för öppenvård, dnr DU-UPP16-0258. Vid anbudstidens utgång hade tre anbud inkommit från Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst), Svensk dos AB (Svensk dos) och Apoteket AB (Apoteket), som samtliga kvalificerades till anbudsutvärdering. Den 13 juni 2017 meddelade Landstingen ett tilldelningsbeslut enligt vilket Svensk dos tilldelades kontrakt i upphandlingen.

Apotekstjänst ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand förordnar om rättelse med innebörden att en ny granskning av anbuderna görs varvid Svensk dos anbud – samt eventuellt Apotekets anbud – förkastas och Apotekstjänst tilldelas kontraktet. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Landstingen begär att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK HAR ANFÖRT**Apotekstjänst**

Enligt Apotekstjänsts uppfattning ska den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) tillämpas för upphandlingen och inte den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU). LOU trädde i kraft den 1 januari 2017. Av lagens ikraftträdande- och övergångsbestämmelser (punkten 4) framgår att ÄLOU ska tillämpas för sådan upp-

handling som har påbörjats före ikraftträdandet. Såvitt Apotekstjänst känner till påbörjades upphandlingen genom att den annonserades den 7 mars 2017.

Upphandlingen avser Landstingens anskaffning av tjänsten dosdispensering av läkemedel (dostjänsten). Dostjänsten är en tjänst som innebär att läkemedel förpackas så att de läkemedel som en person ska ta vid ett och samma tillfälle sampaketeras i dospåsar. Själva läkemedlen som förpackas i doserna har Landstingen inte rätt att upphandla. Läkemedlen köps och bekostas istället av respektive patient, på samma sätt som vid försäljning av läkemedel till konsumenter inom öppenvården i allmänhet.

Dosdispenseringsverksamhet är idag en i högsta grad konkurrensutsatt marknad där tre aktörer konkurrerar på den svenska marknaden: Apoteket, Svensk dos och Apotekstjänst. Priset för tjänsten beräknas vanligen som kostnaden att dispensera en patients dygnsdos (kr/dygnsdos). Under monopoletiden tog Apoteket ett pris om cirka 6 kr/dygnsdos. Sedan apoteksmonopolet upphörde har dock priset pressats och i de senaste upphandlingarna har i många fall anbudsgivarna till och med lämnat anbud på noll kr. Skälet till att en anbudsgivare i en upphandling av dostjänsten kan lämna ett mycket lågt pris, eller till och med erbjuda sig att utföra tjänsten gratis, beror på att den leverantör som får kontrakt att utföra dostjänsten också får leverera de läkemedel som ingår i doserna. Leverantörens intäkter kommer alltså huvudsakligen från läkemedelsförsäljningen till dospatienterna. I den aktuella Upphandlingen lämnade Svensk dos ett 'negativt anbudspris' om -0,13 kr/dygnsdos. Svensk dos erbjöd sig alltså att betala Landstingen för att få utföra tjänsten. Landstingen antog anbudet.

Landstingen har efterfrågat ett pris för tjänsten och uppställt krav på att anbudena ska innehålla ett sådant. Landstingen har inte efterfrågat några erbjudanden om betalning för att få utföra tjänsten. Negativa anbudspriser, dvs.

erbjudanden om att betala för att få utföra kontraktet, uppfyller inte kravet på att anbudet ska innehålla ett pris och sådana anbud borde följaktligen ha förkastats. Redan den rent språkliga innebörden av ordet "pris" lämnar inte något utrymme för att anse att Svensk dos "negativa anbudspris" uppfyller förfrågningsunderlagets krav på angivande av pris. För att det definitions- mässigt ska vara fråga om ett tjänstekontrakt i LOU:s mening krävs dessutom att den upphandlande myndigheten har en förpliktelse att betala ett pris till leverantören av den nytthet som upphandlas. I annat fall är det inte fråga om något kontrakt enligt upphandlingsrättens definition. Landstingens påstående om att LOU inte skulle uppställa något hinder mot att lämna "negativa anbudspriser" är alltså inte korrekt eftersom redan LOU:s legaldefinition av begreppet "kontrakt" utesluter detta.

Landstingen synes mena att ett "negativt anbudspris" är godtagbart under förutsättning att leverantören kan kompensera detta genom intäkterna från läkemedelsförsäljningen, vilket är felaktigt. Föremålet för upphandlingen är dostjänsten. Upphandlingen omfattar ostridigt inte läkemedlen i doserna. Läkemedlen får inte upphandlas av Landstingen och prissättningen av dessa styrs av Tandvårds- och läkemedelsverket (TLV), inte leverantörerna. I förfrågningsunderlaget anges inte heller att leverantören förutsätts ersätta sig genom någon annan intäkt än dospengen, dvs. ersättningen som Landstingen ska betala som vederlag för dosapotekets utförande av kontraktet. Tvärtom anges uttryckligen att anbudspriset, dvs. dospengen, utan förbehåll ska omfatta hela leverantörens åtagande enligt kontraktet, som alltså inte innefattar läkemedelsförsäljningen.

Apotekstjänsts anbud uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Om Landstingen rätteligen hade förkastat sådana anbud som saknat angivet anbudspris, inbegripet Svensk Dos anbud, skulle kontraktet ha tilldelats Apotekstjänst eftersom Apotekstjänst lämnat det lägsta godtagbara anbudspriset.

Apotekstjänst riskerar således att lida skada till följd av Landstingens åsidosättande av LOU.

För det fall domstolen skulle finna att kravet på att ange ett anbudspris ska anses omfatta såväl faktiska priser som erbjudanden om att betala för att få utföra kontraktet gör Apotekstjänst gällande att upphandlingen avser en koncession som borde ha upphandlats enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK), att Landstingen i alla händelser saknar legal befogenhet att motta betalning för att låta leverantören utföra tjänsten, och att förfrågningsunderlaget i detta avseende varit så bristfälligt att upphandlingen måste göras om.

Landstingen har, genom att tillåta sådana anbud som innebär att Landstingen tar betalt av leverantören för utförandet av tjänsten, anförtrott tillhandahållandet och förvaltningen av dostjänsten, samt låtit leverantören överta verksamhetsrisken för densamma, mot en ersättning som endast utgörs av rätten att utföra tjänsten. Föremålet för upphandlingen är därmed att betrakta som en koncession och inte ett tjänstekontrakt. Landstingens anskaffning av dostjänsten genom tilldelning av en koncession kan inte ske med stöd av bestämmelserna i LOU, utan skulle rätteligen ha gjorts enligt LUK. Landstingen har följaktligen tillämpat ett felaktigt upphandlingsförfarande och regelverk för anskaffningen.

Vidare gör Apotekstjänst gällande att, för det fall förfrågningsunderlaget ska anses tillåta anbud med erbjudanden om att erlägga betalning som motprestation för rätten att utföra kontraktet, förfrågningsunderlaget inte på ett tillräckligt tydligt och förutsebart sätt angivit att detta varit tillåtet, vilket medfört att leverantörerna lämnat anbud utifrån olika förutsättningar. Landstingen har härigenom utformat förfrågningsunderlaget bristfälligt och i strid mot kravet på förutsebarhet.

Såvitt Apotekstjänst känner till har "negativt anbudspris" endast förekommit i en annan upphandling utöver den nu aktuella, nämligen i Stockholms läns landsting (SLL) och Region Gotlands senaste upphandling under våren 2017. Dessförinnan har "negativa anbudspriser" överhuvudtaget inte förekommit sedan dosmarknaden avreglerades 2009. I nämnd upphandling lämnade Apoteket ett "negativt anbudspris" om -0,06 kr/dosdygn. Svensk dos lämnade ett anbudspris om 0 kr/dosdygn och Apotekstjänst ett pris om 2,48 kr/dosdygn. Landstingens påstående att det skulle vara 'självlart' att anbudsgivarna "är väl medvetna om kravställningens innebörd" är alltså gripet ur luften. Det har inte gått att förutse att ett krav på angivande av anbudspris även ska anses innefatta erbjudanden om att köpa kontraktet av Landstingen.

Apotekstjänst, som lämnat anbud under förutsättningen att det inte varit möjligt att erbjuda Landstingen betalning för att utföra tjänsten, har till följd av ovanstående fel i upphandlingens konkurrensuppsökande skede varit förhindrat att beräkna ett optimalt och konkurrenskraftigt anbud, vilket har fått till följd att Apotekstjänsts möjlighet att tilldelas kontrakt i upphandlingen har försämrats. Upphandlingsfelen har därmed gjort att Apotekstjänst riskerar att lida skada.

Slutligen gör Apotekstjänst gällande att Svensk Dos, mot bakgrund av tilldelningar i andra upphandlingar avseende dosdispensering och sin nuvarande kapacitet, inte uppfyller kraven på teknisk förmåga och kapacitet och därför ska uteslutas från upphandlingen.

Landstingen

Landstingen konstaterar att den aktuella upphandlingen har annonserats den 7 mars 2017 och att det således är LOU som ska tillämpas på den.

Upphandlingen avser dosdispensering och dosexpediering av läkemedel för öppenvården. I tjänsten ingår även transport till avtalade utlämningsställen för utlämning/avhämtning av dosleveranser. Tjänsten finansieras för leverantören genom dosdispenseringsavgift samt marginal på läkemedelsförsörjningen. Tre anbud inkom och samtliga anbudsgivare uppfyllde de obligatoriska kraven samt lämnade tillfredställande förklaring till de låga anbuden. Kontraktet tilldelades Apoteket AB som inkommit med lägst anbudspris, - 0,13 kr för dosdispenseringsavgiften.

Av 1 kap. 15 § LOU framgår att ett kontrakt i LOU:s mening är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan upphandlande myndighet och leverantör. I förfrågningsunderlaget efterfrågades anbudspris för dosdispensering beräknat för en patient och dygn, omfattande hela leverantörens åtagande enligt kontraktet och utan rabatter eller förbehåll. Det har inte uppställts några hinder mot nollanbud eller negativa anbud i upphandlingen och bolagen har uppfyllt samtliga krav.

Upphandlingens förfrågningsunderlag har inte brustit i transparens eller på något annat sätt hindrat anbudsgivare från att lämna anbud på lika villkor. Skrivningen innebär att anbudspriset ska inkludera alla kostnader som landstingen ska betala till anbudsgivaren för utförande av tjänsten. Skrivningen innebär således inte att anbudsgivare är förbjudna från att lägga lägre anbudspriser än vad som motsvarar kostnaden för utförande av dosdispenserings-tjänsten, så länge anbudsgivaren kan motivera på vilket sätt man avser att täcka kostnaden för utförandet av tjänsten.

Bolagen har inkommit med detaljerade och väl motiverade redovisningar av hur man avser att täcka kostnaden för utförandet av tjänsten. Därigenom har Svensk Dos anbud uppfyllt de obligatoriska kraven och ska inte förkastas. Landstingen har inte ställt något krav om vilka delar av utförandet av tjäns-

ten som ska finansieras genom läkemedelsmarginalen. Vid bedömningen av pris och i detta fall ett negativt pris ska värdet av hela affären beaktas. För leverantören av dostjänsten innebär det ett värde på apoteksmarknaden. Det föreligger ingen koppling mellan negativt anbudspris och leverantörens kompensation från läkemedelsförsäljning på det sätt som Apotekstjänst uppfattat Landstingens argumentation. Landstingens uppfattning är att det inte föreligger något hinder i upphandlingsrättslig mening att lämna ett negativt anbud. Landstingen har utifrån rådande förhållanden bedömt vinnande anbud som seriöst menat.

Apotekstjänst har anfört att leverantörens ersättning utgörs av betalningen av dospatienterna för läkemedelsförsäljningen. Föremålet för upphandlingen är dostjänsten. Läkemedlen omfattas inte. Den som innehar uppdraget att dosdispensera har rätt att erhålla betalning från de patienter som ordinerar dosdispensering. I detta ligger en ekonomisk risk, dock begränsad till nivån för det s.k. högkostnadsskyddet för läkemedel per patient. Landstinget står för kostnaden för läkemedel utöver denna nivå och i förhållande till den som utför förpackningstjänsten.

Antalet patienter som kan bli föremål för dispensering är inte bestämd eller känd på förhand under avtalstiden. Dock kan en rimlig framförhållning ske baserat på historiska fakta om antalet patienter och doser. Det föreligger därtill en bundenhet till antalet förskrivna recept, vilket innebär att det finns en begränsad möjlighet att på egen hand öka efterfrågan på liknande förpackningstjänster. Den som tilldelas rätten att förpacka doserna får automatisk tillgång till den vinstmarginal som uppkommer i samband med försäljning av de läkemedel som ingår i förpackningarna. Mot bakgrund härav kan konstateras att den som har uppdraget inte står den övergripande risken för denna. Tjänsten att bedriva dosdispensering ska därmed inte upphandlas som tjänstekoncession utan som tjänstekontrakt. Vidare kan konstateras att

den rätt som koncessionshavaren får vid en koncession innebär att aktören också har en viss frihet att bestämma villkoren för hur koncessionen nyttjas. Dosdispensering av läkemedel är reglerat av Landstingen i kontrakt och skapar inget utrymme för en koncessionshavare att skapa egna villkor för handhavandet.

Landstingen har i sitt uppdrag som sjukvårdshuvudman upphandlat dosdispensering. Tjänstekontraktet har upphandlats enligt LOU och en konsekvens därav är att Landstingen erhåller ersättning på avtalsmässig grund. Landstingen har inte beslutat om att ta ut någon avgift. Landstingen anser att det inte föreligger någon form av legala hinder att motta ersättning.

Apotekstjänst har invänt att förfrågningsunderlaget är bristfälligt utformat då det inte framgår att det är tillåtet att anta anbud med erbjudande om att erlægga betalning som motprestation för rätten att utföra kontraktet och att detta strider mot kravet på förutsebarhet.

Det föreligger hård konkurrens med få aktörer på den aktuella marknaden. Apotekstjänst har redogjort för att såväl Svensk dos som Apoteket erbjudit sig att betala för dosdispenseringstjänsten i andra upphandlingar. Inget förbud föreligger enligt LOU att lämna negativa anbud. I rådande situation framstår det som självklart att Apotekstjänst är väl medvetna om kravställningens innebörd. Kravet på förutsebarhet är uppfyllt. Förfrågningsunderlaget är således tillräckligt klart för att en normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Vidare är de krav och villkor som framgår av förfrågningsunderlaget proportionerliga, likabehandlande och transparenta. Bolaget har således inte lidit, eller riskerat att lida skada.

Vad slutligen avser Svensk Dos tekniska förmåga och kapacitet, sträcker sig den upphandlande myndighetens utredningsskyldighet inte längre än att en

jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbuden och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att också kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan således inte anses föreligga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. Påståenden om konkurrenters oförmåga förekommer på en konkurrensutsatt marknad och i synnerhet på en marknad med få aktörer som den för dostjänsten. Landstingen kan konstatera att det inte har framkommit några konkreta argument som kan läggas till grund för att på något sätt ifrågasätta att Svensk Dos har den tekniska förmåga och kapacitet som krävts för att fullgöra uppdraget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmänt rörande bedömning av kontraktstyp

Landstingen har enligt vad som framgår av punkten 1.1.5 i upphandlingsföreskrifterna genomfört den aktuella upphandlingen som förenklat förfarande enligt ÄLOU.

Den första frågan som förvaltningsrätten har att pröva i målet är vilken typ av kontrakt, utifrån en objektiv tolkning av de förutsättningar som upphandlingsdokumenten stipulerat, den aktuella upphandlingen avser. Svaret på den frågan har en praktisk betydelse såtillvida att olika typer av kontrakt omfattas av olika regelverk.

Begreppet ”kontrakt” definieras i 2 kap. 10 § ÄLOU som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som (i) sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, (ii) avser utförande av byggenreparad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och (iii) undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. I LOU definieras ”kontrakt” som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor

som (i) ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och (ii) avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

ÄLOU (respektive LOU) omfattar endast sådana affärer mellan myndigheter och leverantörer där myndigheten är köpare av varan, tjänsten eller byggentreprenaden (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 3516-12). Det är således en nödvändig förutsättning för att upphandlingslagarna ska vara tillämpliga att den upphandlande myndigheten anskaffar en vara, byggentreprenad eller annan tjänst mot ekonomisk ersättning. Ett s.k. säljkontrakt, som inte gäller anskaffning utan en myndighets försäljning av en tillgång, omfattas sålunda inte av upphandlingslagarna och är därmed inte upphandlingspliktig. Om ett kontrakt istället är ett tjänstekontrakt är ÄLOU (respektive LOU) tillämplig.

Vad gäller ett koncessionskontrakt är ÄLOU enligt regeln i 1 kap. 2 § i denna lag tillämplig för byggkoncessioner medan det för tjänstekoncessioner anges endast att 1 kap. 12 § nämnd lag gäller. Tjänstekoncessioner är enligt artikel 17 uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (Direktivet), vilket innebär att när en upphandlande myndighet tilldelar ett kontrakt i form av tjänstekoncession föreligger det inte någon skyldighet att iaktta reglerna i ÄLOU. Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap. 17 § ÄLOU ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, men som innebär att ersättningen för tjänsten helt eller delvis utgörs av rätten att utnyttja tjänsten. En förutsättning för att ett kontrakt ska anses utgöra en tjänstekoncession är att koncessionshavaren genom rätten att utnyttja sina egna tjänster tar över en verksamhetsrisk från beställaren. Med verksamhetsrisk avses att

koncessionshavaren inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av koncessionen.

Efter den 1 januari 2017 regleras upphandling av koncessioner (både bygg- och tjänstekoncessioner) genom LUK. I 1 kap. 13 § LUK anges att med koncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där (i) kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §, (ii) ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller dels av en sådan rätt, dels betalning, och (iii) kontraktet innefattar en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren. I 1 kap. 19 § LUK anges att det med tjänstekoncession avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtrot till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltandet av andra tjänster än de som avses i 8 § (dvs. som avses byggkoncession).

I 1 kap. 22 § LUK anges att med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda. Enligt 1 kap. 23 § LUK avses med övertagande av verksamhetsrisk att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,

1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och
2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.

Bedömning av aktuellt kontrakt

I det aktuella fallet har Landstingen definierat föremålet för upphandlingen som dosdispensering och dosexpediering av ordinerade läkemedel för öppenvård samt transport till avtalade avhämtningsställen enligt beskrivning i förfrågningsunderlaget (punkten 3.1.1 i upphandlingsdokumentet). Det anges vidare att leverantören har totalt ekonomiskt ansvar för att bedriva verksamheten enligt avtalet och att upphandlingen inte omfattar tillhållandet av handelsvaror och andra produkter som inte är ordinerade, men att leverantören inte är förhindrad att erbjuda samleverans av dessa varor till patienten. Landstingen garanterar inga volymer för tjänsten och anger att t.ex. politiska beslut kan medföra att vissa volymer ökar, minskar eller utgår.

Av punkt 1.3.4 i upphandlingsföreskrifterna framgår bl.a. följande. Av de anbud som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, kommer det anbud att antas som erbjuder lägst pris enligt bilaga prisbilaga. Onormalt lågt anbud kan komma att förkastas om leverantören inte på begäran lämnat en tillfredsställande förklaring till det onormalt låga anbudet.

I Prisbilagan anges följande. Priset ska anges i svenska kronor med två decimaler exklusive mervärdesskatt. Ersättning utgår med faktiskt antal dosdispenserade och expedierade volymer. Anbudet ska innehålla pris för dosdispensering för en patient och dygn, fri leverans till avhämtningsställe och eventuell kostnad för utlämning ska ingå.[...] Priset ska omfatta hela åtagandet, vilket inkluderar aktiviteter i samband med avtalsstart och avtalslut. Anbudet ska alltså innehålla en prisuppgift. Inga andra prisuppgifter eller rabatter efterfrågas. Anbudet får inte innehålla några förbehåll till offererade priser.

I avsnitt 3.2 i upphandlingsdokumentet har Landstingen ställt ett antal krav på tjänsten, bl.a. anges i punkten 3.2.4 att leverantören ska tillhandhålla ett sortiment för dosdispensering och hålla en kapacitet som omfattar Landstingens behov.

Förvaltningsrätten konstaterar att föremål för den aktuella upphandlingen är den s.k. dostjänsten, dvs. tjänsten att dosdispensera, expediera och transportera ordinerade läkemedel till berörda patienter inom öppenvården. Denna tjänst ska leverantören, enligt vad som beskrivs i upphandlingsdokumentet, utföra mot en ersättning som utgår med faktiskt antal dosdispenserade och expedierade volymer, vilka leverantören inte är garanterad. Vidare får anses följa av kravet att leverantören ska tillhandhålla och erbjuda det sortiment som är nödvändigt för att utföra tjänsten att leverantören också tillerkänns ensamrätt att tillhandahålla vid var tid gällande volym dospåsar till de patienter inom Landstingen som inte själva bedöms klara av sin läkemedelshandtering och för denna tjänst motta betalning för de läkemedel som lämnas ut till denna patientgrupp.

Med beaktande av att ovan nämnda kontraktsförutsättningar ger anbudsgivarna möjlighet att kräva en viss ersättning för utförandet av dostjänsten bedömer förvaltningsrätten att det aktuella kontraktet objektivt sett inte är utformat såsom ett säljkontrakt. Med hänsyn till att det övergripande syftet med kontraktet är att berörda patienter ska få tillgång till dostjänsten med där tillhörande förpackade läkemedel bör inte heller kontraktet ses som ett varukontrakt även om patienterna betalar en del av kostnaden för dessa läkemedel genom egenavgiften. Frågan blir då om det är en fråga om ett tjänstekontrakt eller om ett kontrakt avseende tjänstekoncession.

Enligt förvaltningsrätten innebär blott den omständigheten att det annonserade förfarandet som sådant inte utesluter möjligheten för leverantörerna att

offerera positiva priser inte att det aktuella kontraktet inte kan ses som en tjänstekoncession, utan det avgörande är om upphandlingen utifrån i kontraktet givna förutsättningar och den berörda marknadens förutsättningar är att betrakta som ett köp av en tjänst.

Apotekstjänst har i relevant avseende gjort gällande att den aktuella marknaden är konkurrensutsatt i hög grad med endast tre leverantörer som konkurrerar om uppdragen, att priset för dostjänsten sedan apoteksmonopolet upphört ständigt pressats ned och att i de senaste upphandlingarna anbudsgivare till och med lämnat anbud på noll kr samt vid en upphandling även ett negativt pris. Dessa uppgifter har Landstingen inte ifrågasatt. Landstingen har inte heller ifrågasatt att anledningen till den aktuella prisutvecklingen är att den leverantör som får utföra dostjänsten kan tillgodogöra sig de intäkter som förpackade läkemedel genererar och att dessa bör överstiga kostnaden för utförandet av själva dostjänsten. Landstingen har istället invänt att Landstingen inte har ställt något krav om vilka delar av utförandet av tjänsten som ska finansieras genom läkemedelsmarginalen.

Enbart det förhållandet att det på en konkurrensutsatt marknad förekommer aktörer som offererar priser som inte täcker kostnaden för utförande av en tjänst hindrar inte i sig att det kan vara fråga om ett tjänstekontrakt eftersom ett sådant agerande kan vara en del i en mer långsiktig strategi på aktuell marknad. I förevarande fall får dock anses vara utrett att de låga och t.o.m. negativa priser som erbjudits i denna, och i vart fall ytterligare en tidigare upphandling, bottnar i att tjänsten inkluderar den förtjänst i form av en läkemedelsmarginal som varje dosenheter medför. Frågan är därmed om det kan sägas att den ersättning som leverantören i förevarande fall erhåller för utförandet av tjänsten helt eller delvis utgörs av rätten att utnyttja tjänsten.

I målet är klarlagt att upphandlad tjänst innebär att vald leverantör ges ensam tillgång till berörda patienter och den förväntade intäkt som varje dosenheter innebär samt att det är sistnämnda intäkter från dels patienterna direkt vid nyttjandet av dostjänsten samt från Landstingen som är avsedda att täcka vald leverantörs kostnader för utförande av dostjänsten med en viss vinstmarginal. Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten, vid en funktionell tolkning, att den ersättning som vald leverantör i detta fall kan förväntas erhålla är kopplad till rätten att utnyttja upphandlad tjänst. Detta innebär enligt förvaltningsrättens mening att det då är fråga om ett kontrakt avseende tjänstekoncession och inte om ett tjänstekontrakt.

Vad sedan gäller överföring av verksamhetsrisk kan följande sägas. Kontraktsförutsättningarna i upphandlingen ger vid handen att vald leverantör alldeles oavsett om volymen dostjänsten ökar eller sjunker inte kommer att få kostnadstäckning för utförandet av denna tjänst genom ersättning från Landstingen. Genom att negativt pris erbjudits i förevarande upphandling kommer istället direktkostnaden till Landstingen, förutom övriga verksamhetskostnader för tjänstens utförande, att öka om en volymökning sker under kontraktstiden. För att bära kostnaden för dostjänsten måste således vald leverantör erhålla tillräckliga intäkter vid leverans av förskrivna dosenheter till berörda dospatienter. Volymen på denna försäljning är inte garanterad och betalningen för innehållet i varje dosenheter (i vart fall upp till högst kostnadsskyddet) står patienten själv för. Härtill ska läggas att utredningen i målet även visar att viss direktförsäljning till patientgruppen, utöver vad som ingår i dostjänsten, också ingår i leverantörernas anbudskalkyler. Med beaktande av det angivna bedömer förvaltningsrätten att det upphandlade kontraktet innebär att en reell verksamhetsrisk, som inte är försumbar, förs över till vald leverantör. Kontraktet utgör därmed en tjänstekoncession.

Rättsmedel

Landstingen har i målen redogjort för att beslutet att påbörja upphandlingen fattades av Landstingen vid telefonkonferens den 30 augusti 2016. Diarie-nummer för upphandlingen beställdes den 20 september 2016. I samband härmed angavs bl.a. rubriken för upphandlingen och vilka de upphandlande myndigheterna var. Denna registrering var allmänt tillgänglig för extern part. Efter ett antal möten, utarbetning av förfrågningsunderlag, workshop och avstämningar under perioden oktober 2016–februari 2017 annonserades upphandlingen slutligen den 7 mars 2017.

Av rättspraxis (se HFD 2013 ref. 31 och EU-domstolens mål C-26/03 Stadt Halle) framgår att den tidpunkt när en upphandling har påbörjats sammanfaller med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning, vilken inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling.

Enligt förvaltningsrätten innebär det förhållandet att en upphandlande myndighet diarieför sitt beslut att inleda en specificerad upphandling att beslutet blir offentligt och därmed inte längre är att betrakta som rent internt övervägande och förberedelse. Redan det beslutet bör kunna bli föremål för överprövning, t.ex. avseende förväntad storlek på kontraktet utifrån deltagande parter, och det aktuella upphandlingsförfarandet får därmed anses påbörjat innan den 1 januari 2017. LUK trädde i kraft den 1 januari 2017 och av övergångsbestämmelserna till den framgår att lagen inte gäller för upphandlingar av koncessioner som har påbörjats före ikraftträdandet. LUK är således inte tillämplig för den aktuella upphandlingen.

Eftersom tjänstekoncessioner, enligt vad som ovan redovisats, är undantagna från tillämpningsområdet för Direktivet och ÄLOU inte gäller i fråga

om dessa, kan ett avtal som är en tjänstekoncession inte bli föremål för rättslig prövning enligt ÄLOU (se bl.a. HFD 2012 ref. 29 och RÅ 2008 not. 101). Ett beslut om tjänstekoncession kan inte heller överklagas genom förvaltningsbesvär (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 3684-14).

Sverige skulle emellertid enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet) senast den 18 april 2016 ha införlivat direktivets bestämmelser i lag (se artikel 51). Av artikel 19 i LUK-direktivet framgår att koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster som förtecknas i bilaga IV till detta direktiv omfattas bl.a. av de skyldigheter som följer av direktivets artiklar 46 och 47. Av artikel 46 och 47 följer att rättsmedelsdirektivens tillämpningsområde utvidgas och även omfattar tjänstekoncessioner. Direktivets regler avseende tillgång till rättsmedel är utformade på sådant sätt att dessa bör inneha en direktverkande vertikal effekt. För att denna effekt ska kunna skapa rättigheter för enskilda krävs enligt praxis (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-76/97 Tögel) att tilldelning genomförts efter utgången av den förskrivna fristen för att införliva ett direktiv.

Det i målet aktuella förfarandet avser farmaceutiska tjänster och hälsovårstjänster (CPV-koder 85149000 och 85100000, Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster) som omfattas av bilaga IV till LUK-direktivet. Eftersom det aktuella förfarandet är påbörjat efter den 18 april 2016 och innan den 1 januari 2017 och koncessionskontraktet därtill utifrån tillgängligt underlag får anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse bedöms reglerna om tillgång till rättsmedel enligt LUK-direktivet och rättsmedelsdirektiven tillämpliga varför förvaltningsrätten kan pröva ansökan om överprövning baserat direkt på dessa direktiv. En sådan prövning bör ta sin utgångspunkt i de grundläggande principerna inom gemenskapsrätten däribland likabehand-

lingsprincipen (se bl.a. Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02)).

Prövning i sak

I målet har Apotekstjänst angett att Landstingen genom sin prismodell inte har klargjort att Landstingen var villiga att acceptera negativa priser. Av förfrågningsunderlaget framgår att Landstingen efterfrågar att anbudsgivare offererar ett pris för att utföra dostjänsten, att ersättning utgår med faktiskt antal dosdispenserade och expedierade volymer samt att det offererade priset ska omfatta hela åtagandet och inte får vara onormalt lågt (jfr punkt 1.3.4 i upphandlingsföreskrifterna). Någon reglering rörande hantering av negativa priser i kontraktet eller i övrigt finns inte. Vid angivna förhållanden konstaterar förvaltningsrätten att Landstingen vid sin prövning av anbuderna har accepterat negativa priser trots att det inte kunde utläsas ur förfrågningsunderlaget att en sådan offert var tillåtet i upphandlingen. Denna ändring av kontraktsförutsättningarna efter anbudsöppning varvid ett anbud med ett negativt pris antagits bedöms strida mot såväl kravet på likabehandling som kravet om öppenhet.

Apotekstjänst, som lämnat anbud under förutsättningen att det inte varit möjligt att erbjuda Landstingen betalning för att utföra tjänsten, bedöms till följd av det ovanstående felet ha lidit skada. Skäl finns därför att ingripa mot upphandlingen.

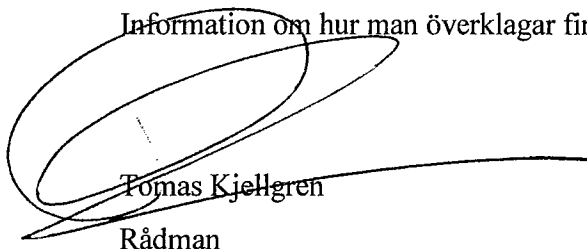
Vad beträffar val av åtgärd konstaterar förvaltningsrätten att rättsmedelsdirektiven ålägger varje medlemsstat att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av LUK-direktivet kan prövas effektivt. Av praxis från EU-domstolen följer att de åtgärder som medlemsstaterna skapar för att säkerställa prövning en-

ligt ovan inte ska vara mindre förmånliga än de som avser anspråk grundande på nationell rätt (se bl.a. mål C-106/77 Simmental S.p.A. och mål C-221/89 Factortame Ltd m.fl.). I svensk nationell rätt, såväl enligt ÄLOU som enligt LOU och LUK, har de åtgärder som en domstol, för det fall överträdelse föreligger, kan förordna om bestämts till rättelse och omgörande. Mot denna bakgrund och vid en bedömning att Landstingens överträdelse innefattar en ändring av kontraktsförutsättningarna i upphandlingen och således avser förfarandets konkurrensuppsökande skede (jfr HFD 2013 ref. 37 II), bedömer förvaltningsrätten att det effektiva rättsmedlet att tillgå i målet är att upphandlingen ska göras om.

Mot bakgrund av det som ovan anförts saknas skäl att pröva Apotekstjänsts övriga invändningar i målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).



Tomas Kjellgren
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.