



**SÖKANDE**

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097  
Värdshusvägen  
181 85 Lidingö

Ombud: Advokat Einar Wanhainen  
G Grönberg Advokatbyrå AB  
Box 7418  
103 91 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Västerbottens läns landsting  
901 89 Umeå
2. Norrbottens läns landsting
3. Landstinget Västernorrland
4. Region Jämtland Härjedalen

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016 -09- 2 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

I en samordnad ramavtalsupphandling har Västerbottens läns landsting, Norrbottens läns landsting, Landstinget Västernorrland och Region Jämtland Härjedalen infordrat anbud avseende Dosdispensering av läkemedel (diariernr VLL 753-2016). Upphandlingen har genomförts av Västerbottens läns landsting på uppdrag av övriga upphandlande myndigheter.

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser ramavtal för maskinell dosdispensering och dosexpedition med leverans till apotek eller andra utlämningsställen, inklusive utlämning av förskrivna läkemedel i öppen vård för patienter skrivna i Norrbottens län, Jämtlands län, Västerbottens län och Västernorrlands län samt tillhandahållandet av kundservice.

Samtliga landsting har meddelat egna tilldelningsbeslut och i besluten anges att Svensk Dos AB utses till leverantör i upphandlingen. Vidare framgår att det kommer att tecknas två separata avtal, ett för Landstinget Västernorrland och ett gemensamt avtal för Västerbottens läns landsting, Norrbottens läns landsting samt Region Jämtland Härjedalen.

Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) ansöker om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Umeå (Västerbottens läns landsting), Förvaltningsrätten i Luleå (Norrbottens läns landsting och Förvaltningsrätten i Härnösand (Landstinget Västernorrland och Region Jämtland Härjedalen). Förvaltningsrätterna i Luleå och Härnösand har genom tre olika beslut den 13 juni 2016 överlämnat sina mål till Förvaltningsrätten i Umeå för gemensam handläggning av de fyra målen.

Landstingen, genom Västerbottens läns landsting, bestrider bifall till ansökan.

## PARTERNAS ANFÖRANDEN

### Apotekstjänst

#### *Avtalsmallens utformning*

Det går inte att utläsa ur förfrågningsunderlaget hur de fyra landstingen avtalsrättsligt ska sammanlänkas och hur de är rättsligt samordnade sinsemellan. Av landstingens svar den 11 april 2016 på en fråga ställd den 8 april 2016 framgår att två separata avtal ska träffas och att det med landstinget avser det eller de landsting som omfattas av respektive avtal. Ett flertal viktiga frågeställningar lämnades emellertid obesvarade. Av svaret att döma ska tre av landstingen teckna ett gemensamt avtal. Det framgår emellertid inte på vilket sätt landstingen däri ska vara rättsligt samordnade. Avtalsmallens tvistelösningsklausul går t.ex. inte att förstå, vilket av landstingens hemort är det som ska räknas?

Förfrågningsunderlaget har inte på ett tillräckligt tydligt och förutsebart sätt angett samtliga relevanta förutsättningar för utformning av anbud eller tilldelning av kontrakt. Genom att inte tydligt redovisa avtalsformen har anbudsgivarna inte kunnat kalkylera ett rättvisande och konkurrenskraftigt pris för hela avtalsperioden.

#### *Information om sortiment*

Då det i förfrågningsunderlaget saknas information om sortimentet på varunummernivå, med angivande av apotekens försäljningspris (AUP), volymuppgifter samt leverantörer, ställdes ett flertal frågor om sortimentet i upphandlingen. Landstingen besvarade inte dessa frågor fullt ut, utan nöjde sig med att hänvisa till Apotekets sortimentslista (som de i sig inte kunde garantera riktigheten av). Apotekstjänst ifrågasätter riktigheten i landstingens besked att de inte skulle ha tillgång till den efterfrågade informationen. I övriga upphandlingar av dosdispenserings-tjänsten har det lämnats betydligt mer information till anbudsgivarna, bl.a. har detaljerad statistik skickats ut i förfrågningsunderlaget.

Utifrån den givna informationen har det inte varit möjligt att kalkylera omsättning och marginal på läkemedlen, eller den personella och maskinella hanteringen av dessa. Apotekstjänst kan som branschkundig aktör göra vissa gissningar, men det är riskabelt och omöjligt för en ny anbudsgivare. Apoteket har i egenskap av befintlig leverantör haft tillgången till den efterfrågade informationen och har således fått en betydligt bättre möjlighet att räkna ut det optimala anbudspriset. Utformningen av förfrågningsunderlaget och de bristande svaren på frågorna får därför till följd att anbudsgivarna inte getts lika möjligheter att utarbeta sina anbud.

En enskild leverantörs riskvillighet kan inte tillmätas någon betydelse vid bedömningen av om en normalt omsorgsfull anbudsgivare har kunnat kalkylera ett optimalt anbudspris. Det finns inget som talar för att vinnande anbudsgivare ska anses ha haft ett tillförlitligt underlag bara för att de kom in med det lägsta anbudspriset.

#### *Förpackningsval*

Enligt skakrav 11.8 ska leverantören vid samma läkemedelsprodukt nyttja förpackning med lägsta pris per doseringsenhet för sortimentet som dosdispenserar, undantag kan ske i samråd med sortimentsrådet.

Den tjänst som landstingen upphandlar är dosdispenserings-tjänsten och inte specifikt de läkemedel som ingår i doserna, utan dessa förvärvas av patienten upp till högkostnadsskyddet. För utförandet av denna tjänst har förpackningsstorleken ingen betydelse och utgör inte en del av den tjänst som landstingen upphandlat. Det ankommer inte på landstingen att söka styra leverantörernas kommersiella förhållanden på detta sätt och det tillämpade kravet på val av förpackningsstorlek är både omotiverat och oproportionerligt. Om läkemedlen vid någon slags genomsynsbedömning ändå ska anses ingå i upphandlingen har landstingen tillämpat fel upphandlingsform eftersom värdet av de upphandlade läkemedlen vida överstiger värdet på dos-tjänsten.

Kravet är vidare otydligt eftersom det inte definieras om det lägsta styckepriset ska beräknas utifrån dosapotekets lägsta styckepris (AIP) eller om det är landstingens/patienternas (AUP). Kravets lydelse skapar en sådan osäkerhet kring operativa kostnader samt kostnader och intäkter av läkemedel att Apotekstjänst inte haft möjlighet att kalkylera ett korrekt pris för tjänsten. Eftersom leverantören i stor utsträckning är hänvisad till att finansiera dosdispenseringstjänsten genom läkemedelsmarginalen måste Apotekstjänst veta vilka intäkter man kommer att ha av läkemedel för att kunna lämna ett lågt anbud.

#### *Periodens vara*

Modellen med utbyte av läkemedel och konstruktionen av apotekens handelsmarginal i läkemedelsförmånssystemet är inte anpassad för dosapotek. Svårigheterna för dosapotek att följa bestämmelserna om periodens vara har lett till att reglerna om utbyte av periodens vara vid dosdispensering i stor utsträckning inte följts. Detta har inte föranlett något ingripande från TLV som uppenbarligen insett att det inte är möjligt enligt vad som framgår av Apoteksutredningens betänkande. Det har alltså utbildats en fast praxis rörande tillämpningen av bestämmelserna om periodens vara på dosapotek.

Det ankommer inte på landstingen att övervaka att lagen om läkemedelsförmåner följs. Av skakrav 11.7 följer att leverantören ska följa de lagar som gäller för dosapotek när det gäller utbyte till periodens vara. Apotekstjänst har inget att invända mot ett krav om att följa de lagar som finns i sig, men det finns emellertid omständigheter som gör att landstingen inte har rätt att ställa detta krav om det avviker från den praxis som utbildats hos TLV. Frågan om vilka läkemedel som ska expedieras vid dosdispenseringen är inte heller en del av den tjänst som upphandlats. Kravet är således varken relevant för utförandet eller kostnaden för dosdispenseringstjänsten och kan inte vara tillåtet enligt LOU.

## **Landstingen**

### *Avtalsmallens utformning*

Av de administrativa föreskrifterna framgår att upphandlingen omfattar fyra landsting. Västerbottens läns landsting har erhållit fullmakt att teckna avtal för två av de övriga deltagande landstingen, Region Jämtland Härjedalen och Norrbottens läns landsting. Landstinget Västernorrland har valt att begränsa lämnad fullmakt till att endast omfatta genomförandet av upphandlingen.

Av landstingens svar på Apotekstjänsts fråga under upphandlingen framgår exakt vilka landsting som tecknar gemensamt avtal och vilket som tecknar eget avtal, varför informationen i förfrågningsunderlaget inte kan anses vara otydlig. Att de rättsliga följderna av detta blir att varje tecknat avtal hanteras som en fristående enhet torde vara uppenbart. Upphandlingens omfattning för respektive deltagare är vidare tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget med uppgift om volymer och omsättning. Landstingen har besvarat ställda frågor i god tid innan sista anbudsdag och i 8 kap. 9 § LOU angiven tidsfrist om sex dagar har hållits.

Att upphandlande myndigheter går samman och tecknar gemensamma avtal i samband med offentlig upphandling är ingen ovanlig företeelse. De juridiska konsekvenserna av detta förfarande kan därmed inte vara så oklara att det innebär att upphandlingen brister i transparens. Avtalsmallen är i sin ordalydelse dessutom tydligt formulerad.

### *Information om sortiment*

Förfrågningsunderlaget innehåller detaljerad information om volymer och omsättning. Som svar på Apotekstjänsts fråga har hänvisats till den information som finns tillgänglig på nuvarande leverantör Apoteket AB:s hemsida. Då landstingen inte äger informationen kan landstingen inte garantera dess riktighet. Apotekstjänst är ett etablerat företag på dosapoteksmarknaden och borde ha god insikt i hur marknaden fungerar och på vilket sätt sortimentsförändringar sker.

Efter Apotekstjänsts frågor har landstingen lämnat den information som landstingen haft tillgång till och har på så sätt neutraliserat den eventuella fördel som nuvarande leverantör kan ha. Det är inte rimligt att kräva upprättande av en mer detaljerad statistik, som skulle bli mycket omfattande. Vidare finns det aspekter gällande nuvarande leverantörs affärsmässiga-, ekonomiska- och driftsförhållanden i sådan statistik som skulle hindra utlämnande.

Det faktum att kontrakt tilldelats en annan anbudsgivare än nuvarande leverantör talar för att en normalt omsorgsfull anbudsgivare kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud baserat på de uppgifter som landstingen lämnat.

#### *Förpackningsval*

När en patient har uppnått högkostnadsskyddet, 2 200 kr, betalar landstingen både läkemedelskostnaden och kostnaden för dispenseringen. Om dosleverantören väljer att dispensera från en förpackning med högre styckepris får landstingen en högre läkemedelskostnad. Kravet om förpackningsstorlek säkerställer att utvärderingen leder till att den leverantör som lämnar lägst pris för den upphandlade tjänsten också är den leverantör som de facto kommer att utföra tjänsten till lägst pris. Kravet har därmed ett naturligt samband med den upphandlade tjänsten och är relevant. Att, som Apotekstjänst hävdar, landstingen inte ska kunna påverka de avtalsrelationer som landstingen ingår i är orimligt.

Det måste också anses tydligt att lägst pris ska beräknas utifrån AUP, Apotekens utpris, vilket är det pris landstingen får betala för läkemedlet till apoteket. Eftersom det pris landstingen betalar påverkar landstingens kostnader är det naturligt att kravet baseras på AUP, något en etablerad aktör på apoteksmarknaden borde förstå. Vidare baseras all statistikredovisning på AUP. Landstingen har ingen påverkan på AIP, apotekens inköpspris, och det ingår inte heller i landstingens kompetens att styra det.

*Periodens vara*

Det finns ingen konflikt i att landstingen ställer som avtalsvillkor att avtalad leverantör ska följa gällande lagstiftning, även om ansvarig tillsynsmyndighet inte förmår upprätthålla att kravet följs. Det vore snarare anmärkningsvärt om så inte vore fallet och det skulle kunna leda till att landstingen tvingades stå fast vid ett avtal med en leverantör som inte har laglig rätt att leverera den avtalade tjänsten.

**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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

**Förvaltningsrättens bedömning**

*Avtalsmallens utformning*

Det framtida avtalsrättsliga förhållandet mellan de olika upphandlande myndigheterna och antagen leverantör eller mellan landstingen sinsemellan framgår inte av förfrågningsunderlaget. Landstingen har den 11 april 2016 besvarat en begäran om klargörande i denna del med att det kommer att tecknas två separata avtal, ett för Landstinget Västernorrland och ett för övriga landsting.

Apotekstjänst hävdar att det även efter landstingens svar föreligger brister avseende tydlighet och förutsebarhet i det avtal som kommer att tecknas, bl.a. avseende processgemenskap, tvistelösningsklausuler, hävande av avtal, m.m.



Enligt förvaltningsrättens mening medför förhållandet att det ska tecknas två separata avtal, varav ett med tre upphandlande myndigheter, inte att upphandlingen skulle strida mot kravet på affärsmässighet. Förhållandena är desamma för samtliga anbudsgivare och har varit kända innan anbudstidens utgång. Enligt förvaltningsrätten är det inte visat att den av Apotekstjänst påtalade bristen varit sådan att den rimligen kunnat inverka på Apotekstjänsts möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

#### *Information om sortiment*

Apotekstjänst menar att det utifrån den begränsade information som landstingen lämnat om sortimentet inte har varit möjligt att beräkna det optimala anbudspriset samt att Apoteket AB, i egenskap av befintlig leverantör, därmed getts fördelar. Landstingen menar å sin sida att tillgänglig information har lämnats och att det inte är rimligt att kräva att landstingen upprättar en mer detaljerad statistik då denna skulle bli omfattande.

Av förfrågningsunderlagets bilaga Avtalsmall framgår bl.a. att landstingen inte garanterar en viss volym eller ett visst avtalsvärde under avtalstiden, att eventuellt angivna volymer är uppskattade behov samt att det inte ska betraktas som ett avtalsbrott från landstingens sida om omfattningen enligt avtalet understiger alternativt överstiger uppskattade volymer, utan leverantören är skyldig att leverera i enlighet med verkligt behov. I bilagan Skakrav anges under rubriken 8.0 Omfattning bl.a. följande.

Landstingen redovisar i bilaga "Antal personer per kommun 2015" antalet patienter och fördelningen per landsting och kommun i ordinärt boende och inom kommunens särskilda boendeformer (SäBO).

Nuvarande volym (antalet dospatienter) avser tjänstens nyttjande under de senaste 12 månaderna, dvs. oktober 2014-september 2015.

Norrbotten ca 4 800 personer, läkemedelsomsättning i AUP, ca 56 mkr

Västerbotten ca 6 100 personer, läkemedelsomsättning i AUP, ca 79 mkr

Västernorrland ca 4 800 personer, läkemedelsomsättning i AUP, ca 54 mkr

Jämtland ca 2 800 personer, läkemedelsomsättning i AUP, ca 34 mkr.

Förvaltningsrätten, som inte finner anledning att ifrågasätta landstingens uttalande om att all tillgänglig information har lämnats, noterar att anbudsgivare har erhållit samma information om tidigare volymer, läkemedelsomsättning samt befintlig leverantörs sortimentslista avseende samtliga upphandlande myndigheter. Alla leverantörer har således haft lika möjligheter att, baserat på landstingens förfrågningsunderlag och lämnad information i övrigt, beräkna samt ta höjd för de affärsmässiga risker som kan tänkas föreligga och därmed lämna konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten visar vad som anförts av Apotekstjänst inte att landstingen genom sitt agerande har brutit mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Det ligger vidare i sakens natur att Apoteket AB i egenskap av befintlig leverantör kan ha en mer detaljerad kännedom om sortimentet och därmed vissa konkurrensfördelar, men vad som påtalats av Apotekstjänst i denna del visar inte att landstingens agerande skett i strid med principen om likabehandling. I sammanhanget kan för övrigt noteras att, som landstingen påpekat, tilldelning av ramavtal skett till en annan anbudsgivare än nuvarande leverantör.

#### *Förpackningsval*

Enligt skakrav 11.8 i förfrågningsunderlaget ska leverantören vid samma läkemedelsprodukt nyttja förpackning med lägsta styckepris per doseringsenhet för sortimentet som dosdispenseras, undantag kan ske i samråd med sortimentsrådet.

Apotekstjänst hävdar att frågan om ur vilken förpackning ett läkemedel ska expedieras ur inte är en del av den tjänst som landstingen upphandlat, varför kravet är oproportionerligt och inte relevant för upphandlingen. Landstingen anser att kravet har ett naturligt samband med den upphandlade tjänsten och säkerställer att den leverantör som lämnat det lägsta priset också de facto kommer att utföra tjänsten till lägst pris.

Förvaltningsrätten finner att kravet om förpackningsstorlek är proportionerligt och relevant för den upphandlade tjänsten. Med hänsyn till att landstingen står för de läkemedelskostnader som överstiger högkostnadsskyddet får kravet att nyttja förpackning med lägst styckpris per doseringsenhet anses vara en berättigad metod för att hålla kostnaderna nere. Något skäl för ingripande enligt LOU på denna grund har således inte framkommit. Vad som anförts av Apotekstjänst beträffande landstingens val av upphandlingsform kan inte förändra denna bedömning.

#### *Periodens vara*

I bilagan Skakrav, krav 11.8, anges att leverantören ska följa de lagar som gäller för dosapotek när det gäller utbyte till periodens vara samt att utbyte ska följa TLV:s lista över periodens vara för dosförpackning.


Enligt förvaltningsrättens mening medför vad som anförts av Apotekstjänst angående det aktuella kravet inte något skäl för ingripande enligt LOU.

#### *Sammanfattande bedömning*

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter talan grundar sig på (RÅ 2009 ref. 69). En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78).

Förvaltningsrätten finner att det på grundval av vad som anförts av Apotekstjänst inte är visat att Landstingen genom sitt agerande under upphandlingsförfarandet har brutit mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU, varför det saknas skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Apotekstjänsts ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

  
Björn Johansson  
Lagman

Målet har föredragits av Kristin Persson.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.

