



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2018-11-01
Meddelad i Jönköping

Mål nr
4726-18

SÖKANDE

ApoEx AB, 556633-4149
Box 6079
102 32 Stockholm

Ombud: Advokaterna Martin Levinsohn och Mattias Wiklund
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Jordbruksverket
551 82 Jönköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Jordbruksverket har inlett ett öppet upphandlingsförfarande för tilldelning av ramavtal avseende löpande leveranser av human- och veterinärmedicinska läkemedel (dnr 7.1.11-06269/18). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än ApoEx AB (ApoEx) antagits. ApoEx har ansökt om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2018-11-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 273620

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
-

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingens föremål och syfte

I upphandlingsföremålet ingår att leverantören ska tillhandahålla distriktsveterinärernas angivna upphandlade sortiment (enligt en bilaga kallad Netto-
prislistan) av läkemedel, human- och veterinärmedicin, licensläkemedel
samt ska kunna ta emot beställningar av extemporeläkemedel. Leverantören
ska även tillhandahålla övrigt sortiment inom läkemedel, human- och vete-
rinärmedicin och licensläkemedel. Anbud ska omfatta hela uppdraget och
endast en anbudsgivare kommer att antas. Det sammanlagda behovet av
läkemedel uppskattas till 30 miljoner kronor per år. Avsedd avtalsperiod är
två år, med möjlighet till maximalt två års förlängning.

Anbudens utformning och innehåll

I punkt 4.1.2, "Pris", anges bl.a. följande.

Leverantören ska ange pris på angivna sortiment enligt bilagan
"Nettoprislista" på läkemedel, human- och veterinärmedicin
och licensläkemedel. Anbudspris ska anges specificerat för
varje position, ex bruttopris, rabattsats, nettopris i bilagan
"Nettoprislista".

Läkemedelsverket har en lista av upphörande av godkännande
för försäljning av läkemedelsprodukter, se länk
<https://lakemedelsverket.se/lista-avregistrerade>. Om det i ut-
värderingsprocessen framkommer att offererad produkt finns
med på Läkemedelsverkets lista kommer produkten att utgå
från bilagan "Nettoprislista" för samtliga leverantörer i utvär-
deringen. Detta innebär också att man inte kan offerera en lik-
värdig produkt.

Om det i utvärderingsprocessen uppstår oklarhet huruvida en
produkt har utgått/ inte säljs/marknadsförs etc. på marknaden
enligt FASS eller Vara-register så kommer Jordbruksverket,
distriktsveterinärerna att i utvärderingen stryka produkten för
samtliga leverantörer. Detta gäller även om leverantören offe-
rerat en likvärdig produkt.

Om leverantören inte kan offerera angivna produkter i bilagan "Nettoprislista" så kan leverantören ange likvärdiga produkter i kolumnen "Avvikelse".

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. följande. Tre leverantörer har lämnat anbud och av dessa har två ansetts kvalificerade. ApoEx anbud har inte gått vidare till utvärdering utan har förkastats. Som skäl för detta anges att bolaget inte har lämnat priser på ett antal produkter som saluförs enligt FASS och Vara-registret. Bolaget uppfyller därför inte kravet på att lämna priser för hela det angivna sortimentet, alternativt på likvärdiga produkter.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Jordbruksverket anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

ApoEx

Inställning

Upphandlingen har skett i strid med 4 kap. 1 § LOU eftersom Jordbruksverket har uppställt obligatoriska krav som har utformats eller tillämpats på ett sätt som strider mot öppenhets- och proportionalitetsprinciperna. ApoEx anbud har förkastats enbart p.g.a. att ApoEx – till skillnad från den vinnande anbudsgivaren – valt att exkludera produkter som inte längre saluförs i Sverige och som därför inte kan tillhandahållas av någon av anbudsgivarna. Bristerna i upphandlingsförfarandet har gjort att ApoEx förhindrats att

lämna ett konkurrenskraftigt anbud och har därigenom medfört att ApoEx lidit eller kan komma att lida skada.

Utveckling av talan

Bakgrund

Innan anbud lämnades var bolaget i kontakt med de tillverkare som tillhandahåller produkterna i Nettoprislistan. Vid dessa kontakter framkom att nio av produkterna inte salufördes. ApoEx bifogade en sammanställning med svar från tillverkarna till sitt anbud samt avstod från att lämna pris på de berörda produkterna i Nettoprislistan. Notering gjordes i avvikelsekolumnen att produkten utgått från leverantör.

Jordbruksverket strök ett antal produkter från utvärderingen, inklusive fem av de nio produkter som ApoEx inte lämnat anbud på. Resterande fyra produkter togs med i utvärderingen trots att de inte längre salufördes av tillverkarna. Det rör sig om produkterna Hipracal-FM-562306, Rompun-022545, Infusolec- 437167 och Natriumklorid Fresenius-477786. Av uppgifter från tillverkarna framgår att produkterna inte var tillgängliga på marknaden. Trots att det inte råder något tvivel om att produkterna inte tillhandahålls på marknaden har Jordbruksverket ansett att ApoEx varit skyldigt att lämna pris på dessa.

Utformningen av kraven

I punkt 4.1.2 anges att ”om det i utvärderingsprocessen uppstår oklarhet huruvida en produkt har utgått/inte säljs/marknadsförs etc. på marknaden enligt FASS eller Vara-register så kommer Jordbruksverket, distriktsveterinärerna att i utvärderingen stryka produkten från samtliga leverantörer”. Kravet syftar som det får förstås till att säkerställa dels att Jordbruksverket får tillgång till de efterfrågade produkterna, dels att Jordbruksverket endast utvärderar produkter som de facto kan tillhandahållas av anbudsgivarna.

Den modell Jordbruksverket har valt är inte lämplig för att hantera förändringar på marknaden. Det är direkt olämpligt att endast beakta den information som finns tillgänglig i FASS och Vara-registret. Informationen i dessa databaser är beroende av att tillverkarna rapporterar in ändringar rörande produkternas status till LiiV (leverantörernas information i Vara). Det är inte ovanligt att tillverkare dröjer med att uppdatera statusinformationen, varför det relativt ofta förekommer att registren innehåller inaktuell information. Databaserna är därför inte tillförlitliga gällande försäljningsstatus. Den information som ApoEx gett i anbudet visar att de aktuella produkterna hade utgått vid anbudstidpunkten. Att informationen ännu inte redovisats i FASS eller Vara-registret saknar betydelse i förhållande till syftet med det aktuella kravet och utvärderingen. Det finns bara ett företag som har försäljningsgodkännande för de enskilda efterfrågade produkterna och det är alltså endast detta företag som förfogar över marknadsföringen av produkten och som kan uppdatera LiiV och därmed påverka innehållet i FASS och Vara-registret. ApoEx ser ingen rimlig anledning till att inte beakta information från tillverkarna av de berörda produkterna. Det finns ingen anledning att ifrågasätta uppgifternas neutralitet eller att de skulle vara riktiga.

Utvärderingen baseras på ovidkommande parametrar och blir därmed inte rättvisande. Anbuden jämförs i förhållande till ett produktsortiment som ingen av anbudsgivarna kommer att kunna tillhandahålla. Det är inte ändamålsenligt eller rimligt att tvinga anbudsgivare att offerera produkter som inte längre saluförs i Sverige och som därför inte kan anskaffas av någon anbudsgivare. Kravet på lämnande av pris är mot denna bakgrund såväl oproportionerligt som otydligt i strid med principen om öppenhet.

Det förekommer visserligen att mindre restlager finns kvar hos grossister och apotek även efter det att företag som har försäljningsgodkännande upphör att marknadsföra produkten. Det är dock närmast uteslutet att någon anbudsgivare har möjlighet att garantera tillgång till produkten under avtals-

tiden efter att tillståndshavaren meddelat att de inte längre själva marknadsför produkten.

Förvaltningsrätten i Jönköping fann i dom i mål 4395-17, rörande en tidigare upphandling som fick göras om, att Jordbruksverkets krav inte uppfyllde de tydlighetskrav som gäller enligt LOU. ApoEx kan konstatera att det fortfarande finns stora brister vad gäller upphandlingsföreskrifternas tydlighet.

Tillämpningen av kraven

Jordbruksverkets tillämpning av föreskrifterna innebär en risk för att anbudsgivare utnyttjar produkternas oklara status för att lämna artificiellt låga priser på produkter som i slutändan inte kan levereras. En annan följd av tillämpningen är att anbudsgivare tvingas offerera och prissätta produkter som anbudsgivaren vet att de inte kan leverera. Sammantaget innebär det att det blir mycket svårt för en anbudsgivare att ta ställning till hur kravet på lämnande av pris på samtliga poster ska uppfyllas när det står klart att vissa produkter inte finns tillgängliga på marknaden. Tillämpningen av upphandlingsdokumentet är både oförutsebar i strid med principen om öppenhet och oproportionerlig eftersom den innebär att anbudsgivarna måste prissätta och offerera produkter mot bättre vetande.

Det är inte heller lämpligt eller förutsebart att kräva att anbudsgivarna ska offerera likvärdiga produkter i en situation som den aktuella. Det strider mot proportionalitetsprincipen att kräva att anbudsgivarna ska offerera likvärdiga produkter när de har kännedom om att den produkt som ska ersättas inte kommer att säljas. Ett sådant agerande leder även till uppenbara problem med att upprätthålla och säkerställa en likabehandling av anbudsgivarna. Anbudsgivarna ställs inför valet att offerera en produkt med kännedom om att denna inte kommer att kunna levereras eller att erbjuda en ersättningsprodukt. I det fall det föreligger en prisskillnad mellan den efterfrågade

produkten och den likvärdiga ersättningsprodukten kan detta leda till att samvetsgranna anbudsgivare (som offererar en dyrare men tillgänglig ersättningsprodukt) missgynnas i förhållande till övriga anbudsgivare.

I samband med att ansökan om överprövning lämnades in har ApoEx på nytt kontaktat tillverkarna och de uppger att produkterna fortfarande inte är tillgängliga på marknaden. Hipracal-FM-562306 har tagits bort från FASS och Vara-registret. Det är inte tillräckligt av Jordbruksverket att hänvisa till vad som framgick vid registerkontrollen den 15 augusti 2018. Det följer av etablerad praxis att upphandlande myndigheter inte kan bortse från omständigheter som är av betydelse vid anbudsprövningen även om dessa blir kända först i samband med en överprövning.

Övriga påpekanden

Därutöver kan konstateras att Jordbruksverket har haft svårigheter att tillämpa den aktuella utvärderingsmodellen på ett konsekvent sätt, även vad gäller de produkter som Jordbruksverket slutligen strukit från Nettoprislistan. Av Jordbruksverkets sammanställning över produkter som strukits från Nettoprislistan framgår att produkterna har kontrollerats mot FASS, Vara-registret och mot Läkemedelsverkets lista (LMV). Det framgår dock att produkterna även kollats mot något som benämns LMK och som ApoEx inte vet vad det syftar på. Det är i vart fall inte en källa som anges i upphandlingsdokumentet. Redan av detta skäl finns anledning att ifrågasätta om Jordbruksverket utformat föreskrifterna och genomfört utvärderingen på ett godtagbart sätt.

Vidare har Jordbruksverket strukit ett antal licensläkemedel med motiveringen att "Hitta produkten i Vara ej i Fass eller LMK". Licensläkemedel registreras aldrig i FASS men finns med i Vara-registret. Det är därför i sin ordning att läkemedlen hittats i Vara-registret men inte i FASS. Av detta skäl finns anledning att ifrågasätta om Jordbruksverket lyckats utforma en

ändamålsenlig utvärderingsmodell. Det framgår även att Jordbruksverket har tagit med tre licensläkemedel. Dessa produkter finns förvisso listade i FASS men det saknas uppgift om produkternas tillgänglighet.

Skada

Bristerna i upphandlingen är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet och har påverkat ApoEx möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det är därför inte möjligt att läka bristerna genom en förnyad anbudsutvärdering. Det är irrelevant hur en sådan alternativ prövning skulle falla ut.

Jordbruksverket

Inställning

Det saknas skäl att göra om upphandlingen eftersom den genomförts i enlighet med upphandlingsdokumentet och LOU.

Utveckling av talan

Grund för att utesluta ApoEx anbud

Upphandlingen är omfattande och gäller mer än 300 läkemedel. Utbudet av läkemedel förändras hela tiden och produkter kan försvinna tillfälligt från marknaden. Det är därför viktigt att ha tydliga kriterier för vilka produkter som ska ingå i utvärderingen. Kriterierna ska vara uppfyllda vid tidpunkten för utvärderingen. När utvärderingen gjordes den 15 augusti 2018 kontrollerades samtliga produkter i både FASS och Vara-registret samt hos Läkemedelsverket i enlighet med upphandlingsdokumentet. Det som ApoEx anför om förhållandena efter utvärderingen saknar relevans. Om det efter att prövningen av anbudet har genomförts skulle gå att begära en ny prövning till följd av ändringar av produktutbudet skulle upphandlingsförfarandet kunna bli mycket långvarigt.

Jordbruksverket har upprättat en lista över de produkter som togs bort från Nettoprislistan och där framgår även skälen för borttagandet. I denna lista har det blivit en felskrivning på LMV (Läkemedelsverket) som har blivit LMK i vissa produkter.

FASS uppdateras kontinuerligt och Vara-registret uppdateras dagligen. Vid tidpunkten för utvärderingen fanns samtliga fyra produkter, Hipracal-FM, Rompun, Infusolec och Natriumklorid Fresenius, i FASS och Vara-registret. De andra anbudsgivarna har kunnat lämna prisuppgifter för dessa läkemedel. Det finns inget som tyder på att dessa priser är vad ApoEx kallar artificiellt låga priser.

Det framgår av upphandlingsdokumentet att det är ett ska-krav att lämna priser på hela det angivna sortimentet, alternativt likvärdiga produkter (punkt 4.1.2). Är detta krav inte uppfyllt är anbudsgivaren inte kvalificerad och går inte vidare till utvärderingen. De produkter som ApoEx har nollat saluförs enligt både FASS och Vara-registret. Enligt FASS och Vara-registret råder alltså ingen oklarhet huruvida en produkt har utgått/inte säljs/marknadsförs etc. Det innebär att produkterna inte ska strykas. Eftersom ApoEx inte lämnat priser på dessa produkter uppfyller inte bolagets anbud ska-kravet att lämna pris på hela det angivna sortimentet, alternativt likvärdiga produkter. Anbudet ska därför uteslutas.

Förvaltningsrätten i Jönköping har i mål nr 4395-17 prövat frågan om upphandlingen av läkemedel, vilket ledde till att Jordbruksverket fick göra om upphandlingen. Av domskälen framgår att oklarheter i upphandlingsdokumenten gett upphov till tillämpningssvårigheter vid anbudsgivning och anbudsprövning. En del anbudsgivare offererade ett antal av de efterfrågade men utgångna produkterna trots att de var avregistrerade i FASS och Vara-registret. En del anbudsgivare offererade ersättningsprodukter för en del av

de utgångna produkterna. Jordbruksverket har därför den här gången tydligt angett att om det uppstår oklarheter om läkemedlet tillhandahålls enligt FASS eller Vara-registret eller inte eller om det finns med på Läkemedelsverkets lista på avregistrerade läkemedel så ska läkemedlet utgå från alla anbudsgivare i utvärderingen.

Förenligt med LOU

Föreskrifterna i upphandlingsdokumentet har varit klara; det anges tydligt att det är uppgifterna i FASS och Vara-registret som kontrolleras för att avgöra om en produkt ska strykas. Detta har även förtydligats av Jordbruksverket under fråga nr 20 i "Frågor och svar". Att använda FASS och Vara-registret för att avgöra vilka läkemedel som ska ingå i utvärderingen innebär att upphandlingsförfarandet blir tydligt, transparent och att alla inkomna anbud behandlas lika.

Läkemedelsleverantörerna fyller i information om sina läkemedel i Liiv. Informationen förs sedan automatiskt över till Vara-registret. Det är dock inte samma sak att beakta uppgifter som kommer direkt från den som har lämnat anbud som att använda information från FASS och Vara-registret. Eftersom uppgifterna i registren offentliggörs är de kvalitetssäkrade av uppgiftslämnaren. Uppgifterna i registren är neutrala, vilket de inte är om de kommer direkt från anbudsgivaren i en upphandling. Dessutom kan alla ta del av uppgifterna i registren, vilket bidrar till enhetlighet, förutsägbarhet och transparens.

Eftersom FASS uppdateras kontinuerligt och Vara-registret uppdateras dagligen återger registren väl vad som erbjuds på marknaden. I det fall det eventuellt finns en diskrepans mellan register och marknad har ApoEx haft möjlighet att erbjuda en likvärdig produkt.

Om Jordbruksverket gått med på ApoEx begäran, att besked från grossist eller leverantör ska räknas som grund för att produkter ska exkluderas från Nettoprislistan, hade samma osäkerhet som i mål 4395-17 uppstått, dvs. att vissa anbudsgivare hade offererat en produkt och vissa inte, vilket hade lett till problem i utvärderingen.

Oavsett om endast ett företag har försäljningsgodkännande för en produkt sker försäljning av många andra företag, t.ex. grossist eller apotek. Dessa andra företag har en stor andel av marknaden och kan sälja produkten en lång tid efter att den som har försäljningsgodkännande upphört att tillhandahålla den. Det går därför inte att utesluta en produkt från utvärderingen på grund av att en leverantör har slutat sälja produkten, så länge den finns med i FASS eller Vara-registret och den inte finns med på Läkemedelsverkets lista på avregistrerade läkemedel.

ApoEx skulle endast kunna komma med i utvärderingen om Jordbruksverket beaktar annat än FASS och Vara-registrets uppgifter och därför stryker produkterna i fråga för alla anbudsgivare. Jordbruksverket skulle då frångå sitt upphandlingsdokument och ApoEx gynnas på bekostnad av de andra anbudsgivarna, som lämnat priser på produkterna. Jordbruksverket skulle då agera i strid med både likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen.

Vissa licensläkemedel ingick i upphandlingen. Av förbiseende utformades upphandlingsdokumentet på så sätt att även licensläkemedlen omfattades av kraven i punkt 4.1.2. Eftersom kraven skulle följas i utvärderingen medförde det att produkterna ströks. Det innebär inte att upphandlingen är bristfällig i något annat avseende.

Skada

Jordbruksverket har, i anledning av ansökan om överprövning gjort en alternativ utvärdering där ApoEx anbud tagits med. Även om man vid en utvär-

dering skulle bortse från de fyra produkterna som är aktuella i målet samt de två licensprodukter som har utgått från ApoEx leverantör så skulle ApoEx inte vinna upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

I 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av EU-domstolens praxis (se dom i mål C-171/15, *Connexion*, med där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt. Enligt principen om likabehandling krävs dessutom att alla anbudsgivare som är intresserade av ett offentligt kontrakt ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet samt vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter. Kravet på öppenhet innebär också att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om kravet att ange pris på samtliga positioner i Nettoprislistan, trots att produkterna enligt uppgift från tillverkare har utgått, är förenligt med LOU.

Öppenhetsprincipen (Transparens)

Kravet på att pris ska anges för samtliga positioner i Nettoprislistan framgår tydligt av punkten 4.1.2 i upphandlingsdokumentet. Punkten är märkt med en symbol som betyder att kravet måste vara uppfyllt. Det är således fråga om ett obligatoriskt krav.

Vidare framgår av upphandlingsdokumentet att en produkt endast kommer att strykas från listan om det uppstår oklarheter om läkemedlet tillhandahålls enligt FASS eller Vara-registret. Jordbruksverket har även tydliggjort detta i "Frågor och svar". Uppgifter från tillverkare eller andra källor kan därmed inte beaktas. Förvaltningsrätten finner att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare har kunnat förstå den exakta innebörden av föreskrifterna och tolka dessa på samma sätt. Kravet på angivande av pris och föreskriften om när en produkt kommer att strykas är således förenliga med principen om öppenhet/transparens.

Proportionalitetsprincipen

ApoEx har vidare gjort gällande att Jordbruksverkets agerande, att endast beakta uppgifter om tillgänglighet i FASS och Vara-registret och inte information från tillverkare, strider mot proportionalitetsprincipen. ApoEx anför bl.a. att föreskriften leder till att anbudsgivare tvingas offerera och prissätta produkter som de vet att de inte kan leverera.

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (jfr HFD 2016 ref. 37 och C-234/03 Contse).

Förvaltningsrätten anser att den åtgärd Jordbruksverket vidtagit, att endast beakta uppgifter i FASS och Vara-registret, är lämplig och effektiv för att uppnå syftet att hantera förändringar på marknaden. Detta även med beaktande av att tillverkare ibland dröjer med att rapportera in förändringar. Det ApoEx föreslår, dvs. att även beakta uppgifter från tillverkare och andra aktörer, skulle medföra tillämpningssvårigheter och leda till minskad förutsebarhet och transparens. Åtgärden får därmed även anses vara nödvändig

för att uppnå det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten bedömer att den fördel upphandlande enhet vinner överväger den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen. Förfarandet är således förenligt med proportionalitetsprincipen.

Principerna om likabehandling och icke-diskriminering

Bolaget har vidare anfört att, i det fall det föreligger en prisskillnad mellan den efterfrågade produkten och en likvärdig produkt, det kan leda till att samvetsgranna anbudsgivare (som offererar en dyrare men tillgänglig ersättningsprodukt) missgynnas i förhållande till övriga anbudsgivare.

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på att pris ska anges specificerat för varje position har gällt lika för alla anbudsgivare. Alla anbudsgivare har haft samma möjligheter att utforma sina anbud, dvs. att offerera angiven produkt eller en likvärdig produkt. Kravet i punkten 4.1.2 i upphandlingsdokumentet kan därmed inte anses stå i strid med principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

ApoEx övriga påpekanden

ApoEx har ifrågasatt hanteringen av licensprodukter i utvärderingen samt påpekat att erbjudna produkter även kontrollerats mot något som kallats för LMK. Förvaltningsrätten bedömer att vad bolaget anfört i dessa delar inte medför att Jordbruksverket har handlat i strid med LOU på ett sådant sätt att bolaget lider eller kan komma att lida skada.

Grund för att utesluta ApoEx anbud

Det är ostridigt att ApoEx inte har angett pris på samtliga positioner samt att fyra av de produkter som bolaget inte offererat tillhandahölls enligt FASS och Vara-registret vid tidpunkten för utvärderingen. Förvaltningsrätten delar Jordbruksverkets uppfattning att eventuella förändringar i registren som skett efter utvärderingen saknar betydelse för bedömningen av om ApoEx

anbud uppfyller det obligatoriska kravet på angivande av pris. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det är visat att ApoEx anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Jordbruksverket har således haft fog för att utesluta bolagets anbud från utvärderingen.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att ApoEx inte förmått göra sannolikt att Jordbruksverket brutit mot LOU på sätt som medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05)

Eveline Gewert

Förvaltningsrättsfiskalen Eveline Gewert har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Emmi Unnerfors.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.