



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2017-08-25
Meddelad i Stockholm

Mål nr
9225-17
9228-17

SÖKANDE

Svensk Dos AB, 556869-9143

Ombud: Advokaterna Morvarid Dorkhan Nilsson och Maria Nisell
Magnusson Advokatbyrå
Box 7413
103 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms läns landsting, Upphandlingsenheten

2. Region Gotland

genom Stockholms läns landsting, Upphandlingsenheten
Ombud: Landstingsjurist Pär Kramming

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

KONKURRENSVERKET	
2017 -08- 25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 869903

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

SLL Upphandling (SLL) genomför för Stockholms läns landsting och Region Gotlands räkning en ramavtalsupphandling av dosdispensering av läkemedel för öppenvård 2017, LS 2016-1081, SLL 461. Ramavtal ska tecknas med en anbudsgivare och som tilldelningsgrund används lägst pris. Tre anbud utvärderades. Apoteket AB (Apoteket) tilldelades kontraktet och Svensk Dos anbud placerade sig som nummer två. Upphandlingen har genomförts med tillämpning av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU)

Svensk Dos ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska ske där Apotekets anbud inte beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Genom att utvärdera och anta Apotekets anbud, som inte uppfyller obligatoriska krav, har SLL brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed även mot ÄLOU. Vid en korrekt utförd kvalificering skulle anbudet från Apoteket ha diskvalificerats och Svensk Dos rätteligen tilldelats kontraktet. Svensk Dos har fråntagits möjligheten att rätteligen utses till leverantör och har därigenom lidit, eller kan komma att lida, skada. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att anbudet från Apoteket är förenligt med de obligatoriska kraven är förfrågningsunderlaget otydligt och står därmed i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och då även mot ÄLOU.

SLL bestrider ansökan. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna samt ÄLOU. Bolaget har inte lidit skada, och riskerar inte att lida skada och det föreligger inte någon grund för ingripande med stöd av ÄLOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lagstiftning

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) i kraft. Av övergångsbestämmelserna till LOU framgår att ÄLOU gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Av övergångsbestämmelser framgår vidare att ÄLOU dock gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att den tidpunkt när en upphandling har påbörjats bör sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser (HFD 2013 ref. 31). I mål C-26/03 Stadt Halle (punkt 35) har EU-domstolen fastslagit att en ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på offentlig upphandling.

Av handlingarna i målet framgår inte annat än att SLL först genom att i januari 2017 publicera anbudsinvitan har tagit en extern kontakt i syfte att anskaffa dosdispenserings tjänster. Det är därmed LOU som är tillämplig lag vid genomförandet av aktuell upphandling.

Att upphandlande myndighet genomför en upphandling med tillämpande av en upphävd lag torde i sig kunna utgöra skäl för att upphandlingen ska göras

om. För att förvaltningsrätten ska kunna förordna om att en upphandlingen ska göras om krävs dock att sökanden gör gällande den omständigheten som grund för sin talan (HFD 2009 ref 69). Eftersom Svensk Dos inte har anfört att upphandlande myndighets tillämpning av upphävd lagstiftning ska utgöra grund för ingripande enligt LOU är förvaltningsrätten förhindrad att lägga denna omständighet till grund för prövningen av upphandlingens riktighet.

Utgångspunkter för prövningen

Utgångspunkten för förvaltningsrättens prövning är att rätten kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Detta under förutsättning att det vid prövningen av ansökan kan bedömas att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan lida skada. Förvaltningsrättens överprövning tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

Uppfyller Apotekets anbud alla obligatoriska krav?

I den till upphandlingen hörande kravspecifikationen uppställs under rubriken Kundenservice ett ska-krav av vilket bl.a. framgår att ärenden som kommer in till leverantören ska besvaras och åtgärdas inom tjugofyra timmar.

Apoteket har i sitt anbud, angående aktuellt ska-krav, angett att återkoppling sker till anmälaren senast nästkommande arbetsdag.

Vidare anger Apoteket i sitt anbuds-brev att Apoteket accepterar samtliga ska-krav, kriterier och villkor i förfrågningsunderlaget och dess bilagor utan reservation, tillägg eller begränsningar. Eventuella oklarheter i anbudet ska inte uppfattas som avvikelser eller reservationer från upphandlingens förutsättningar utan är oavsiktliga och ska inte tillmätas betydelse.

SLL har i korrespondens med Apoteket, efter anbudstidens utgång, anfört att Apotekets anbud innehåller tvetydig information. Apoteket har därvidlag önskat att Apoteket bekräftar om Apoteket uppfyller det i förfrågningsunderlaget aktuella ska-kravet avseende Kundenservice.

Apoteket har i svar till Apoteket bekräftat att Apoteket kommer att besvara och åtgärda inkomna ärenden inom tjugofyra timmar.

Svensk Dos gör gällande att Apotekets anbud innehåller en klar reservation mot ska-kravet om återkoppling inom tjugofyra timmar (Kundservicekravet). Det anbuds-förtydligande som Apoteket fått göra är oförenligt med LOU och Apotekets anbud står i strid med de anvisningar/krav som anges i förfrågningsunderlaget. Utformningen av förfrågningsunderlaget såvitt avser kravet på återkoppling inom tjugofyra timmar kan inte anses vara ottydligt eller svår-förståeligt. SLL:s begäran om förtydligande efter anbudstidens

utgång har inneburit en särbehandling av Apoteket. Den friskrivning i generella termer som Apoteket gör i anbuds brevet kan inte anses innebära att Apoteket, oavsett reservationer/förbehåll i anbudet, kan anses uppfylla alla ska-krav. Apotekets svar innebär en ändring av tidigare lämnad uppgift, efter anbudstidens utgång. Ett "förtydligande" som de facto innebär nya/ändrade uppgifter som krävs för att uppfylla ska-krav är i strid med den grundläggande likabehandlingsprincipen.

SLL medger att Apotekets anbud i förhållande till Kundservicekravet i viss mån innehöll motstridig information och det fanns då behov av förtydligande. Apoteket hade redan genom anbudet accepterat alla ska-krav, kriterier och villkor i förfrågningsunderlaget och dess bilagor utan reservation, tillägg eller begränsningar. Förtydligandet har endast inneburit en konkretisering och precisering av redan tidigare lämnade uppgifter och har inte inneburit att nya uppgifter tillförts anbudet eller att något utbyte av sakuppgifter har skett. Förtydligandet har därför kunnat ske utan risk för särbehandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att Apoteket lämnat uppgifter om sitt anbud i ett s.k. anbuds brev och i själva anbudet beskrivit hur bolagets kundservice fungerar, i syfte att visa att ska-kravet uppfylls. Det finns vid genomläsning av handlingarna skäl att ställa sig frågande till överensstämmelsen i uppgifterna, vilket SLL har gjort. Frågan är om SLL hanterat diskrepansen i uppgifterna på ett sätt som är förenligt med LOU.

En upphandlande myndighet ska enligt principen om likabehandling behandla alla leverantörer lika och ge dem lika förutsättningar och får då inte efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav som uppställs i förfrågningsunderlaget (se bl.a. HFD 2016 ref. 37 I).

SLL:s ställda krav på leverantören när det gäller Kundenservice innebär att leverantören ska tillse att ärenden som kommer in besvaras och åtgärdas inom tjugofyra timmar.

I sitt anbud beskriver Apoteket hur kundservice arbetar och anger bl.a. följande. Apodos kundservice består av ett team kundkommunikatörer som hjälper doskunder helgfri mån-fre mellan kl. 8-18 och kundservice för alla inkommande ärenden som kräver åtgärder, utredning och uppföljning. Återkoppling sker till anmälaren senast nästkommande arbetsdag med information om tidplan för åtgärd, eventuell felaktig rapportering etc.

Att ärenden besvaras och åtgärdas inom tjugofyra timmar bekräftas inte i Apotekets beskrivning. SLL har i det läget valt att begära ett förtydligande från Apoteket när det gäller återkoppling av inrapporterade ärenden inom tjugofyra timmer alla dagar. Apoteket har då bekräftat att bolaget uppfyller ska-kravet, såsom det är utformat.

I 4 kap 9 § LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Förvaltningsrätten konstaterar att Apotekets beskrivning av hur anbudsgivaren uppfyller ska-kravet Kundenservice inte överensstämmer med vad som efterfrågas i ett obligatoriskt krav. Den allmänna reservation Apoteket lämnat i anbuds brevet, att Apoteket accepterar samtliga ska-krav, medför inte att aktuellt ska-krav avseende Kundenservice ska anses uppfyllt.

Det förtydligande som SLL begärt och fått innebär att Apoteket tillåtits korrigera sitt anbud med en försäkran om att förhållanden som tidigare inte framgått nu bekräftas föreligga, i syfte att läka en brist i anbudet och därefter uppfylla det obligatoriska kravet. Innehållet i Apotekets anbud har därmed förändrats på ett sätt som inte avses vid ett förtydligande enligt LOU och förtydligandet har därför inte kunnat ske utan risk för särbehandling.

Vid anbudstidens utgång framgick inte av Apotekets anbud att kravet avseende Kundservice var uppfyllt och SLL har istället för att förkasta anbudet valt att begära ett förtydligande som förvaltningsrätten bedömer som otillåtet. SLL har därigenom handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Svensk Dos som hade näst lägsta anbudspris har kommit att lida skada på så sätt att bolaget gått miste om kontraktet. Det finns därmed skäl för ingripande med stöd av LOU. Ingripandet ska ske genom rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska ske där Apotekets anbud inte ska beaktas.

Vid detta förhållande saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva övriga av Svenska Dos anförda grunder.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Erik Mellstrand
Rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 nås 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.