



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Persson

DOM
 2012 -04- 2 0
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2068-12 E

SÖKANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
 181 85 Lidingö

Ombud: Advokat Einar Wanhainen och jur. kand. Sofia Böhlin
 G Grönberg Advokatbyrå AB
 Box 7418
 103 91 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
 291 89 Kristianstad

KONKURRENSVERKET	
2012 -04- 2 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i dess lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 1 november 2011 (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Apotekstjänst Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför en upphandling av dosdispensering av ordinerade läkemedel i öppenvård, dnr 1101464. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 20 februari 2012 har Svensk Dos AB (Svensk Dos) tilldelats kontraktet. Apoteket AB (Apoteket) har placerat sig på en andra plats och Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) på en tredje plats.

Apotekstjänst ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering görs med bortseende från Svensk Dos anbud och Apotekets justerade anbudspris. Apotekstjänst anför bl.a. följande.

Svensk Dos finansiella ställning

Svensk Dos är ett nybildat bolag som registrerades den 1 november 2011 och har ett aktiekapital på 50 000 kr. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska ha en stabil ekonomisk bas och ha tillgång till resurser som svarar mot anbudets omfattning och innehåll. Detta kan inte förstås på annat sätt än att bolaget ska ha ett riskbärande kapital som är proportionerligt i förhållande till de risker som verksamheten medför och ett rörelsekapital som medger att bolaget kan finansiera sina åtaganden. Svensk Dos åtar sig att förpacka, distribuera och lämna ut läkemedel till ca 18 300 personer. För att kunna fullgöra distributionen krävs att man har tillgång till särskilt anpassade lokaler, maskinell utrustning m.m. För att Svensk Dos ställning ska betraktas som stabil måste Svensk Dos, i ljuset av den låga ersättning som bolaget fordrar och då eget kapital uppgår till 50 000 kr, övertygande visa att bolaget har riskvilligt kapital och att bolaget förmår att bära kostnaderna i verksamheten. Apoteket, som redan gjort stora investeringar i maskinell utrustning, bedömde initialt att ett pris på 5 kr och 80 öre var skäligt för att utföra verksamheten. Svensk Dos anbudspris på 2 kr och 64 öre understiger väsentligt detta belopp. Apoteket har efterhand ju-

sterat priset till 3 kr och 93 öre. Apotekstjänst som genomfört omfattande kalkyler med hjälp av sakkunnig personal och som har stor vana av logistik och transporter har kommit fram till att det är uteslutet att tjänsten kan bedrivs med lönsamhet vid ett pris om 2 kr och 64 öre.

De intyg som ingivits från Swedbank och Skandinaviska Enskilda Banken utgör inte några förpliktande bedömningar av Svensk Dos kalkyler och affärsplaner. Det kan därför inte innebära att kravet på ekonomisk stabilitet och finansiell styrka är uppfyllt. Man hade kunnat förvänta sig att bankerna hade analyserat kassaflödet i verksamheten och det förhållande att soliditeten i verksamheten måste bli extremt låg. Det torde vara uppenbart att 50 000 kr inte uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet ens för en mycket liten verksamhet och det kan konstateras att 50 000 kr är otillräckligt för att stå emot obetydliga förluster. Svensk Dos har inte tidigare drivit dosdispenseringsverksamhet. Det finns därför anledning att med fog ifrågasätta om kalkylen är korrekt. Kalkylen av produktionskostnaderna är komplex och fordrar att den som gör kalkylen har gedigen erfarenhet av logistikverksamhet. Bankernas möjligheter att bedöma huruvida kostnaderna för verksamheten är korrekt kalkylerade är i det närmast obefintliga utan att de gör omfattande undersökningar av vederhäftigheten av kalkylerna. Att kreditchefen och chefen på ett lokalt bankkontor utan förpliktelser bedömer att "den ekonomiska situationen är mycket bra" är således inte tillräckligt för att anse att Svensk Dos har en tillräckligt stabil ekonomisk bas.

Region Skåne har brustit i sin kontroll av det uppställda kvalificeringskravet då Svensk Dos inte kan anses uppfylla skall-kravet avseende leverantörens ekonomiska ställning.

Apotekets justerade anbudspris

När Apotekstjänst lämnade sitt anbud saknade bolaget kunskap om hur Region Skåne arbetade med budgettak. Region Skåne bjöd in till möte för

en presentation av anbudet och vid mötet fick Apotekstjänst frågan om man kunde tänka sig att justera anbudspriset. Det var först vid mötet som Apotekstjänst informerades om budgettak. Vid mötet uppfattade inte Apotekstjänst att man ville genomföra en s.k. prispförhandling utan Apotekstjänst uppfattade att man skulle få möjlighet att komplettera sitt anbudspris. Apotekstjänst kompletterade därefter sitt anbudspris utifrån den korrekta informationen om budgettak och justerade anbudspriset från 5 kr och 98 öre till 5 kr och 43 öre. Apotekstjänst uppfattade det aldrig som att bolaget skulle få möjlighet att inkomma med en prisuppgift som var helt fristående från den tidigare inlämnade uppgiften. Av tilldelningsbeslutet framgår det att Apoteket justerat sitt anbudspris från 5 kr och 80 öre till 3 kr och 93 öre. Apoteket som redan i dag innehar uppdraget kan inte ha missuppfattat upplägget med budgettak utan prissänkningen kan enbart bero på att bolaget fått information om anbudspriserna i 7-klöver. Apoteket valde därefter att chocksänka sitt anbudspris för att få ha kvar affären. Det framgick inte av förfrågningsunderlaget att Region Skåne arbetade efter ett budgettak trots att informationen var av betydelse för anbudsgivarnas prissättning. Modellen med budgettak är unik för Region Skåne och denna information har varit känd för Apoteket. Apotekstjänst har inte lämnats samma möjlighet som Apoteket nämligen att inkomma med en justerad prisuppgift i en ren prispförhandling. Bristen på transparens, förutsebart och likabehandling har i denna del av förfarandet varit fullkomlig. Genom prispförhandling med Apoteket och genom att acceptera Apotekets justerade anbudspris har Region Skåne brutit mot de grundläggande principerna.

Vid sidan av den nu aktuella upphandlingen har det pågått andra upphandlingar av dosdispensering i landet. Region Skåne har även möjliggjort att Apoteket kunnat justera sitt anbudspris efter att bolaget fått information om hur deras anbud prismässigt förhåller sig till de andra anbudsgivarna vid de andra upphandlingarna.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Svensk Dos finansiella ställning

Den ekonomiska plan som Svensk Dos presenterat i sitt anbud är intygad av revisor och visar att bolaget har en stabil ekonomisk bas och har tillgång till resurser som svarar mot anbudets omfattning och innehåll. Svensk Dos har även i sitt anbud lämnat information om vilken säkerhet som lämnas. Den ekonomiska planen styrks av intyg av bolagets bankkontakter. Region Skåne har också gjort en självständig analys av den ekonomiska planen vilken överensstämmer med de intyg som ingivits. Region Skåne saknar därför anledning att ifrågasätta att Svensk Dos har förmåga att utföra det aktuella uppdraget. Svensk Dos har således uppfyllt de skall-krav som uppställts i upphandlingen för nybildade företag.

Det är inte anbudsgivarna utan den upphandlande myndigheten som utifrån sitt behov har att uppställa vilka krav som ska gälla i en upphandling. Utifrån dessa förutsättningar är det sedan upp till anbudsgivarna att lämna anbud. I förfrågningsunderlaget finns det inget krav på att anbudsgivarna ska ha ett visst aktiekapital. Det är inte upphandlande myndighets sak att bedöma hur lönsamt det blir för respektive anbudsgivare att utföra uppdraget. Region Skåne har inte haft någon anledning att ifrågasätta Svensk Dos anbud. Att Svensk Dos kalkyler för uppdragets genomförande inte skulle stämma endast på grund av att man inte tidigare har bedrivit dosdispenseringsverksamhet saknar grund. Eftersom Apoteket tidigare haft monopol på den aktuella verksamheten finns det inget annat bolag än Apoteket som har erfarenhet av verksamheten dvs. inte heller Apotekstjänst.

Svensk Dos uppfyller uppställda skall-krav avseende finansiell och ekonomisk ställning. Region Skåne har haft tillräckligt adekvat utredning till stöd för att Svensk Dos uppfyllt kravet.

2012 -04- 20

Apotekets justerade anbudspris

Samtliga anbudsgivare har bjudits in till möte hos Region Skåne på samma sätt och under samma förutsättningar. Efter att inbjudan till anbudsprestation skickats ut informerades anbudsgivarna per telefon om att anbudsgivarna vid mötet också skulle få information rörande möjlighet till att lämna reviderat anbud. Vid mötet lämnades samma information till samtliga anbudsgivare om möjligheten till att inkomma med reviderat pris och samtliga anbudsgivare fick frågan om de ville revidera sitt pris. Två av anbudsgivarna valde därefter att avge ett reviderat pris och en anbudsgivare behöll sitt tidigare lämnade pris. Eftersom inte bara Apoteket, utan även Apotekstjänst, valde att revidera sitt pris är det oförståelig hur Apotekstjänst kan göra gällande att man inte fått samma möjlighet som Apoteket att revidera sitt pris. Anbudsgivarna har inte behandlats olika och anbudsgivarna har naturligtvis inte haft någon som helst kännedom om övriga anbudsgivares priser före det att tilldelning meddelats. Region Skåne har varken skyldighet eller möjlighet att kontrollera hur parallella upphandlingsförfaranden i andra upphandlingar som genomförts av andra upphandlande myndigheter förhåller sig i tiden jämfört med Region Skånes egna upphandlingar. Dessutom skiljer sig olika upphandlingar åt i såväl omfattning som övriga förutsättningar.

I förfrågningsunderlaget anges att det beräknade värdet för tjänsten i dag uppgår till 42,5 mkr per år. Samtliga anbudsgivare har vid sitt respektive möte fått förklarat för sig att detta värde utgjorde ett s.k. budgettak vilket innebär att Region Skåne kommer att köpa tjänster för högst detta belopp. Anbudsgivarna har inte heller behandlats olika i detta avseende. Apotekstjänst har dessutom efter mötet ställt en rad frågor till Region Skånes inköpare om innebörden av det s.k. budgettaket. Inköparna har därvid redogjort för vad budgettaket innebär vilket Apotekstjänst också har förstått och tagit med i beräkningen när bolaget inkom med sitt reviderade anbudspris.

2012 -04- 2 0

DOMSKÄL

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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

I förfrågningsunderlaget anges i punkt B.9 att anbudsgivare och eventuella underleverantörer skall ha en stabil ekonomisk bas och ha tillgång till resurser som svarar mot anbudets omfattning och innehåll. Anbudsgivaren skall på begäran lämna information om vilka bankgarantier eller motsvarande som kan ställas som säkerhet.

I punkt B.5 anges att anbud även kan lämnas av juridiska personer under bildande. Av anbudet ska framgå nuläge, förutsättningar och tidplan för att företaget ska kunna etableras. En ekonomisk plan för företagets verksamhet ska bifogas anbudet. Planen ska vara intygad av företagets revisor/bank. I övrigt ställs samma krav som under punkt 9, Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning, men den ekonomiska bedömningen kan grundas på kontakt med företagets/-ens revisorer och/eller bank.

I punkt B.13 anges att Region Skåne kommer att anta det anbud som uppfyller ställda krav och som bedöms ha lägst pris för normalleverans av dosdispenserade läkemedel.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Svensk Dos finansiella ställning

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges att anbudsgivare ska ha en stabil ekonomisk bas och ha tillgång till resurser som svarar mot anbudets omfattning och innehåll. Vidare framgår det att anbudsgivaren på begäran ska lämna information om vilka bankgarantier eller motsvarande som kan ställas som säkerhet samt, vad gäller nybildade företag, att den ekonomiska planen ska vara intygad av företagets revisor/bank. Det är den upphand-

lande myndigheten som har att göra bedömningen avseende den ekonomiska stabiliteten. Region Skåne har anfört att Svensk Dos har uppvisat en stabil ekonomisk bas och att bolaget har tillgång till resurser som svarar mot anbudets omfattning och innehåll. Vidare har man anfört att Svensk Dos har lämnat information om vilken säkerhet som lämnas samt att den ekonomiska planen styrks av intyg av bolagets bankkontakter. Därutöver framgår att Region Skåne också gjort en självständig analys av den ekonomiska planen. Region Skåne har således genomfört en granskning av Svensk Dos finansiella ställning utifrån de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget och har därvid bedömt att bolaget har en stabil ekonomisk bas. Enligt förvaltningsrätten framkommer inte annat än att Svensk Dos uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven avseende finansiell och ekonomisk ställning. Vad gäller lönsamheten för ett bolag med hänsyn till ett lämnat anbud är det således upp till varje anbudsgivare att offerera vilket pris man vill. Detta oavsett om anbudet är lönsamt eller inte för bolaget.

Apotekets justerade anbudspris

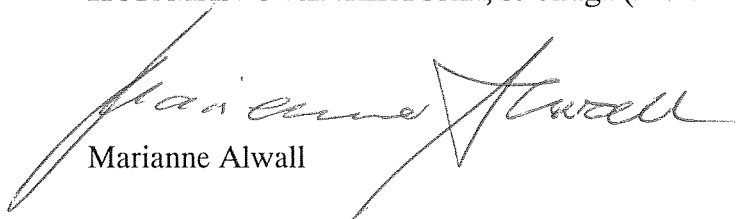
I förevarande upphandling ska det anbud antas som har det totalt lägsta priset. Efter att ha deltagit på mötet hos Region Skåne justerade Apotekstjänst sitt anbudspris från 5 kr 98 öre till 5 kr och 43 öre med hänsyn till den information som getts avseende budgettak. Apotekstjänst hade således kunskap om budgettaket vid tidpunkten för justering av anbudspriset. Att Apotekstjänst då saknade kunskap om budgettaket vid tidpunkten för anbudslämnandet är därmed irrelevant. Med hänsyn till att ett förenklat förfarande medger förhandling, vilket klart och tydligt framgår av förfrågningsunderlaget, borde Apotekstjänst ha förstått att det i förevarande fall var frågan om en prispförhandling. Att det skulle förhålla sig på annat sätt framkommer inte av förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrätten har Apotekstjänst och Apoteket således haft samma förutsättningar att justera sitt anbudspris. Apoteket lämnade initialt anbudspriset 5 kr och 80 öre men

justerade efter mötet anbudspriset till 3 kr och 93 öre. Enbart den omständigheten att en annan anbudsgivare har justerat sitt pris till ett bättre pris kan inte läggas till grund för antagandet att Apoteket har haft kännedom om övriga anbudsgivares priser. Detta med hänsyn till att det i upphandlingar råder absolut sekretess fram tills dess att tilldelningsbeslut meddelas. Med hänsyn till att varje upphandling är unik och förutsättningarna i varje upphandling är olika kan inte heller den omständigheten att Apoteket har lämnat anbud i andra upphandlingar ligga till grund för antagandet om prismässiga jämförelser i aktuell upphandling. Att Apoteket har justerat sitt anbudspris till ett betydligt mer konkurrenskraftigt pris kan således inte förklaras på annat sätt än att det är en naturlig konsekvens av konkurrensutsättning enligt LOU.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Apotekstjänst inte visat att Region Skåne har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som bär upp lagen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU. Apotekstjänsts ansökan härom ska därför avslås.

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


Marianne Alwall



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU

