

SÖKANDE

Apoteket AB, 556138-6532

Ombud:

Advokat Lina Håkansson Kjellén och jur.kand. Erik Edström
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funcgens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms läns landsting, 232100-0016
2. Region Gotland, 212000-0803
genom Stockholms läns landsting, SLL Upphandling

Ombud för 1 och 2:

Landstingsjurist Pär Kramming
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

SLL Upphandling (SLL) genomför för Stockholms läns landstings och Region Gotlands räkning en ramavtalsupphandling av dosdispensering av läkemedel för öppenvården, SLL 461 (dnr LS 2016-1081) genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÅLOU). SLL avser teckna ramavtal med en leverantör enligt tilldelningsgrunden lägsta pris. I tilldelningsbeslut av den 4 april 2017 (tilldelningsbeslut 1) meddelades att SLL avsåg teckna ramavtal med Apoteket AB. Svensk Dos AB ansökte om överprövning av upphandlingen varefter förvaltningsrätten i dom den 25 augusti 2017 i mål nr 9225-17 och 9228-17 beslutade att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts. I nytt tilldelningsbeslut av den 31 augusti 2017 (tilldelningsbeslut 2) meddelade SLL att ramavtal avser tecknas med Svensk Dos AB. Apoteket AB:s anbud förkastades innan utvärdering med hänvisning till att anbudet enligt dom från förvaltningsrätten inte uppfyller kravet avseende kundservice om att ärenden ska besvaras och åtgärdas inom 24 timmar.

YRKANDEN M.M.

Apoteket AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud beaktas i utvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för förstahandsyrkandet anförs att SLL förkastat bolagets anbud trots att det uppfyllde alla obligatoriska krav i upphandlingen. Om bolagets anbud inte hade förkastats hade bolaget tilldelats avtalet. Bolaget har således lidit skada av upphandlingsfelet. Som grund för andrahandsyrkandet anförs att det inte framgått av förfrågningsunderlaget att ärenden som inte kan åtgärdas inom 24 timmar ska besvaras och återkopplas med tidplan inom 24 timmar. Upphandlingen har därmed genomförts i strid med transparensprincipen. Eftersom bolagets anbud förkastats på grund av att förfrågnings-

underlaget tolkats på aktuellt vis har bolaget lidit, eller kunnat lida, skada av bristen. Upphandlingen har vidare genomförts enligt upphävd lagstiftning. Det går inte att säga hur upphandlingen hade fallit ut enligt gällande lagstiftning. Härigenom har bolaget kunnat lida skada.

SLL bestrider bolagets yrkanden och anför bl.a. följande som grund för sin inställning. Bolagets anbud har inte uppfyllt krav och har rätteligen förkastats. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna samt ÄLOU. Kravet har varit tillräckligt tydligt utformat. SLL har förfarit korrekt i att tillämpa ÄLOU i upphandlingen. Det föreligger således inte grund för ingripande enligt 16 kap. ÄLOU. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

ÄLOU har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

I förarbetena till LOU anges, med hänvisning bl.a. till avgörandet HFD 2013 ref. 31, att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten eller enheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Vid förfaranden i flera steg innebär detta att det är det inledande steget som påbörjar upphandlingen (se prop. 2015/16:195 s. 918).

I mål C-26/03 Stadt Halle och RPL Lochau (se särskilt punkten 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 en offentlig upphandling.

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

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten brutit mot 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att den leverantör som ansökt om överprövning 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.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anför, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna i LOU och lagens övriga förfaranderegler (jfr RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 5). Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Enligt 4 kap. 9 § LOU får en upphandlande myndighet 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.

I förarbetena till LOU anges bl.a. följande om bestämmelsen. Förutsättningarna för förtydligande och komplettering motsvarar vad som gäller enligt ÄLOU. Bestämmelsen bör tillämpas restriktivt. Helt nya sakuppgifter kan inte tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande. Gemensamt för termerna förtydliga och komplettera är att det inte handlar om att ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya utan om att konkretisera dem på något sätt (se prop. 2015/16:195 s. 977).

Förvaltningsrättens bedömning

Prövningsramen

Bolaget har i förevarande mål anfört att fel lagstiftning tillämpats då upphandlingen påbörjades vid annonsering den 24 januari 2017. SLL har bestridit detta och anfört att beslut om att inleda upphandlingen fattades under hösten 2016. Det framgår dock inte av utredningen i målet att något sådant beslut eller dylikt om påbörjande under år 2016 skulle ha kommit till kännedom utåt på ett sådant sätt att upphandlingen i upphandlingsrättslig mening ska anses påbörjad redan år 2016. Den utredning som SLL har ingivit visar inte annat än att det under hösten 2016 varit fråga om sådana förstudier och interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling som inte medför att en upphandling kan anses ha påbörjats. När SLL således först i januari 2017 publicerade anbudsinbjudan har SLL tagit en extern kontakt i syfte att anskaffa dosdispenserings tjänster. Enligt förvaltningsrättens bedömning är det därmed LOU som är tillämplig lag vid genomförandet av aktuell upphandling.

Fråga för förvaltningsrättens fortsatta prövning är därmed om skäl för ingripande föreligger med anledning av att SLL tillämpat upphävd lagstiftning, med anledning av underlagets utformning vad gäller den

angripna punkten eller med anledning av att SLL förkastat bolagets anbud innan utvärdering.

Upphandlingen har genomförts enligt upphävd lagstiftning

Bolaget har anfört att ÄLOU och LOU skiljer sig åt i många avseenden och att det inte är möjligt att redogöra för alla skillnader. Detta krävs inte heller. Det kan inte uteslutas att de nya bestämmelserna hade påverkat utformningen eller utgången av upphandlingen och därmed bolagets möjligheter att tilldelas kontraktet. Detta är tillräckligt för att bolaget ska anses ha riskerat att lida skada av upphandlingsfelet.

SLL har i sin tur bestridit att tillämpning av LOU hade kunnat medföra att upphandlingen gett något annat resultat än vad som följer av tilldelningsbeslut 2. Bolaget har inte konkretiserat på vilket sätt anbudet hade förbättrats eller hur resultatet hade förändrats med anledning av det påstådda upphandlingsfelet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det faktum att upphandlande myndighet genomför en upphandling med tillämpning av en upphävd lag skulle kunna utgöra skäl för att en upphandling ska göras om. För att förvaltningsrätten ska kunna förordna om att en upphandling ska göras om krävs dock också att bolaget har lidit, eller kan lida, skada. Det är bolaget som har att visa att skaderekvisitet är uppfyllt (jfr HFD 2013 ref. 53). Förvaltningsrätten anser inte att bolaget tillräckligt har konkretiserat om upphandlande myndighets tillämpning av upphävd lagstiftning medfört någon skada för bolaget. Det saknas därmed förutsättningar för förvaltningsrätten att ingripa i upphandlingen på denna grund.

Kravets utformning

I punkten 9 Kundenservice i Kravspecifikationen anges det krav som lagts till grund för att bolagets anbud har förkastats. Kravet lyder: "Leverantören ska tillse att ärenden som kommer in via Pascal, e-post eller i undantagsfall fax eller annan överenskommen rutin när ordinarie rutin inte fungerar, besvaras och åtgärdas inom 24 timmar. För ärenden som inte kan åtgärdas inom 24 timmar ska leverantören återkomma med en tidplan på när lösning finns. Detta gäller även i de fall ärendet inrapporterats på ett inkorrekt sätt".

Bolaget har bl.a. anfört att det inte är tillåtet att tillämpa krav som inte framgår av upphandlingsdokumenten. Av principerna om transparens och likabehandling följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten kan skapa sig en bild av möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och de utgör hinder för en utfyllande tolkning av obligatoriska krav. Det följer av konkurrensprincipen att en upphandling inte får utformas på ett sådant sätt att den begränsar konkurrensen på ett otillbörligt sätt. Enlig bolaget innehåller kravet vidare två tydliga delkrav: 1) leverantören ska tillse att ärenden som kommer in via Pascal, e-post eller i undantagsfall fax eller annan överenskommen rutin när ordinarie rutin inte fungerar, besvaras och åtgärdas inom 24 timmar, 2) för ärenden som inte kan åtgärdas inom 24 timmar ska leverantören återkomma med en tidplan på när lösning finns. Om det aktuella kravet anses innehålla ett krav på återkoppling med tidplan inom 24 timmar för ärenden av typ 2 har detta inte framgått tillräckligt klart och tydligt av förfrågningsunderlaget.

SLL har bestridit vad som anförts om att kravet är uppdelat i två delkrav och menar att det istället medför att inkomna ärenden ska *besvaras* och åtgärdas inom 24 timmar. Om åtgärd inte kan vidtas inom 24 timmar ska leverantören besvara det inkomna ärendet genom att återkomma med en tidplan.

Kravet på återkoppling med tidplan omfattas således av den angivna tidsramen. Om ingen tidsram skulle finnas för återrapportering av tidplan skulle kravet i denna del inte fylla någon funktion. Det får i alla hänseenden anses uppenbart för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att även återkoppling med tidplan för åtgärdande av inkomna ärenden omfattas av tidsramen 24 timmar.

Förvaltningsrätten konstaterar att avgörande vid bedömningen av om det finns skäl för ingripande med anledning av utformningen av förfrågningsunderlaget i aktuellt fall är om underlaget är tillräckligt tydligt för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå kraven på samma sätt (jfr EU-domstolens avgörande C- 19/00 SIAC Construction Ltd). Även förfrågningsunderlag och utvärderingmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling och att gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten anser att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare måste förstå det aktuella kravet på samma sätt, dvs. att inkomna ärenden ska besvaras och åtgärdas inom 24 timmar och om åtgärd inte kan vidtas inom 24 timmar ska leverantören istället inom den angivna tidsramen om 24 timmar besvara det inkomna ärendet genom att återkomma med en tidplan. Att det inte skulle finnas en tidsram för när en leverantör ska återkomma med en tidplan för ärenden som inte kan åtgärdas är inte en rimlig tolkning av kravet så som det formulerats av SLL. Förvaltningsrätten finner därmed att det inte är visat att SLL genom utformningen av underlaget brutit mot LOU eller trätt någon av de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna för när. Det saknas således skäl för ingripande med anledning av vad bolaget har anfört i denna del.

Fog för att förkasta bolagets anbud

I bolagets anbud har i bilagan Teknisk förmåga och kapacitet angivits att vad gäller kundservice sker återkoppling till anmälaren senast nästkommande arbetsdag med information om tidplan för åtgärd, eventuell felaktig rapportering etc. Återrapport sker via e-post/fax/telefon/Pascal så snart ärendet är åtgärdat. I bilaga till anbudet benämnd Dosdispensering av läkemedel för öppenvården 2017, SLL 461, har bolaget vidare angivit att det accepterar samtliga ska-krav, kriterier och villkor i förfrågningsunderlaget och dess bilagor utan reservation, tillägg eller begränsningar. Det anges också att eventuella oklarheter i anbudet inte ska uppfattas som avvikelser eller reservationer från upphandlingens förutsättningar, utan de är oavsiktliga och ska inte tillmätas någon betydelse.

SLL har i begäran om förtydligande önskat få bekräftat att bolaget uppfyller ska-kravet avseende återkoppling av inrapporterade ärenden inom 24 timmar alla dagar då anbudet enligt SLL innehåller otvetydig information. Bolaget har i svar på begäran om förtydligande bekräftat att ska-kravet uppfylls.

Enligt bolaget uppfyller anbudet upphandlingens krav då det inte finns någon uttrycklig avvikelse mellan att besvara ärenden senast nästkommande arbetsdag och att göra det inom 24 timmar. Förfrågningsunderlaget har inte heller innehållit något obligatoriskt krav innebärande att anbudsgivarna ska bekräfta specifikt att kundservicekravet är uppfyllt. Bolaget har i sitt anbuds-brev tydligt angett att avsikten inte varit att i någon del reservera sig mot villkoren i upphandlingen utan att alla krav accepteras. Det vore i strid med transparensprincipen att lägga ett otydligt krav till grund för att förkasta ett anbud. Enligt nya LOU finns vidare ökade möjligheter till förtydliganden och kompletteringar av anbud. Förtydligandet innebär inte att bolaget har fått korrigera sitt anbud utan utgör enbart en bekräftelse på att skrivningen i

bolagets anbud inte ska tolkas motsatsvis. Förtydligandet har således inte inneburit att bolagets anbud förändrats eller tillförts nya sakuppgifter. I och med att förtydligandet begärts och lämnats utgör det en integrerad del av bolagets anbud. Om förtydligandet varit tillåtet måste det också beaktas vid bedömningen av kravuppfyllelsen.

SLL menar i sin tur att vissa grunder för bolagets yrkanden redan har prövats i förvaltningsrättens tidigare dom i mål nr 9225-17 och 9228-17. I den mån bolaget grundar sitt yrkande på omständigheter som redan prövats av förvaltningsrätten hänvisar och ansluter sig SLL till förvaltningsrättens resonemang och domslut i domarna. Bolagets anförande i dessa delar ska således enligt SLL avslås på de grunder som framförts av förvaltningsrätten i den angivna domen.

Förvaltningsrätten noterar att en förvaltningsdomstols avgörande i ett upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen. Detta följer av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 36 Att frågan om bolagets anbud uppfyller kundservicekravet i punkten 9 i Kravspecifikationen har prövats av förvaltningsrätten vid överprövning av ett tidigare tilldelningsbeslut utgör därmed inte något hinder för förvaltningsrätten att pröva frågan i detta mål.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se EU-domstolens avgörande mål C- 243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Danmark, särskilt punkten 37). Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att

bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling (jfr HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten har ovan under "Kravets utformning" konstaterat att kravet i fråga innebär att inkomna ärenden ska besvaras och åtgärdas inom 24 timmar och om åtgärd inte kan vidtas inom 24 timmar ska leverantören istället inom den angivna tidsramen om 24 timmar besvara det inkomna ärendet genom att återkomma med en tidplan. Bolagets anbud har innehållit information om att återkoppling sker nästföljande arbetsdag vilket inte uppfyller ska-kravet i fråga. Bolaget har i sitt anbud angett att samtliga krav accepterats utan reservation. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte denna skrivning läka brister som konstaterats avseende uppfyllandet av ett obligatoriskt krav.

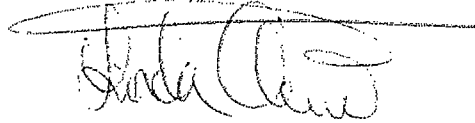
Ett förtydligande av ett anbud får inte ske i syfte att uppfylla ett ska-krav. Enligt förvaltningsrättens uppfattning har det förtydligande som gjordes av bolaget varit en förutsättning för att anbudet skulle anses uppfylla ska-kravet i fråga. SLL har således rätteligen förkastat bolagets anbud innan utvärdering vid tilldelningsbeslut 2. Att utvärdera anbudet hade varit i strid med likabehandlingsprincipen. Mot bakgrund av ovanstående finner rätten därmed att det inte är visat att SLL, genom att förkasta bolagets anbud, brutit mot LOU eller trätt någon av de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna för när. Det saknas således skäl för ingripande även i denna del.

Sammanfattande bedömning

Eftersom bolaget inte har visat att upphandlingen strider mot LOU eller att bolaget lidit eller riskerat att lida skada saknas grund för ingripande med stöd av 20 kap. LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Linda Åslin

Tf. rådman

Miriam Khelil 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.