

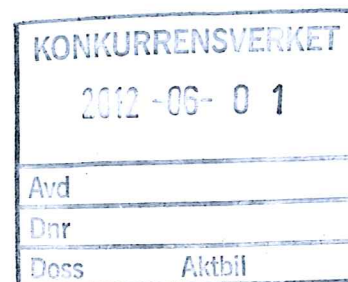


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2012-06-01
Meddelad i
Växjö

Mål nr
969-12, 972-12, 973-12,
1004-12, 1129-12



SÖKANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
181 85 Lidingö

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

MOTPARTER

1. Landstinget i Kalmar län, Landstingets Serviceförvaltning, Upphandling
Box 601
391 26 Kalmar

2. Landstinget Blekinge, Koncernupphandling,
371 81 Karlskrona

3. Landstinget Kronoberg, Upphandlingsavdelningen,
Box 1223
351 12 Växjö

4. Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

5. Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping

Ombud för 2-5: Landstinget i Kalmar län, Landstingets Serviceförvaltning,
Upphandling
Box 601
391 26 Kalmar

6. Apoteket AB
118 81 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

Dok.Id 50017

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Apotekjänst Sverige AB:s ansökan om över-
prövning.

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län, Landstinget Blekinge, Landstinget Kronoberg, Landstinget i Jönköpings län och Landstinget i Östergötland (Landstingen) har i samverkan genomfört en upphandling ”Dosedispenisering av ordinerade läkemedel i öppenvård”. Upphandlingen har administrerats av Landstinget i Kalmar län. Enligt tilldelningsbeslut antogs Apoteket AB (Apoteket) som leverantör.

Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske genom att en utvärdering görs med bortseende av Apotekets justerade anbudspris. Apotekstjänst anför följande. Personer som förbrukar stora mängder läkemedel kan sedan en längre tid få sina läkemedel levererade i särskilda förpackningar som omfattar den dagliga dosen som patienten ska få. Denna förpackning av läkemedel i särskilda påsar för en individuell patient kallas dosdispensering och sker maskinellt med utnyttjande av särskild kostnadskrävande utrustning. Apoteket lämnade ett anbudspris på 6 kr och 20 öre per dos och dygn och Apotekstjänst lämnade ett anbudspris på 5 kr och 16 öre. Apoteket har efterhand justerat sitt anbudspris till 3 kr och 90 öre. Upphandlingen ska rättas då Landstingen genom sin prisförhandling med Apoteket och sitt accepterande av Apotekets justerade anbudspris har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Den sista dagen för anbud var den 20 december 2011. Landstingen har bjudit in Apotekstjänst till möte den 10 februari 2012. Vid mötet fick Apotekstjänst presentera sitt företag och belysa tjänstens utförande och uppdrag utifrån det lämnade anbudet. Vidare gavs Apotekstjänst en möjlighet att förtydliga sitt anbud och att inkomma med justerat anbudspris. Av tilldelningsbeslutet framgår att Landstingen även har hållit ett möte med Apoteket och att Apoteket har justerat sitt ursprungliga anbudspris till 3 kr 90 öre. Enligt 2 kap. 24 § LOU får den upphandlande myndigheten vid förenklat förfarande förhandla med en eller flera anbudsgivare. Förhandlingarna kan avse alla avtalsvillkor, inkl. pris.

Parallellt med Landstingens upphandling har även andra landsting genomfört upphandling av dosdispenseringsverksamhet. Den 20 januari 2012 meddelade kluster 7-klöver tilldelningsbeslut i sin upphandling och de olika anbudsgivarnas budnivåer blev offentliggjorda. Vid tidpunkten för Landstingens möte med anbudsgivarna i den aktuella upphandlingen kände således samtliga parter, inkl. Landstingen, till anbudsgivarnas tidigare budnivå. I och med att Apoteket visste vilken budnivå Apotekstjänst hade lagt sig på i upphandlingen för kluster 7-klöver visste även Apoteket vilken nivå som krävdes för att slå ut Apotekstjänst som konkurrerande anbudsgivare i Landstingens upphandling. Att Apoteket också har agerat därefter framgår av nivån på det justerade anbudspriset. Landstingen har underlåtit att ta i beaktande att det varit fråga om en upphandling på en marknad som ännu inte är omreglerad och konkurrensutsatt. Om man utgår från att Apotekets ursprungliga anbud är seriöst med en rimlig vinstmarginal finns det ingen annan rimlig förklaring till prissänkningen är att Apoteket utnyttjat sin dominerande ställning och dumpat priserna. Med anledning av Landstingens val att genomföra prissförhandling och acceptera Apotekets justerade anbudspris under rådande förhållanden har Apotekstjänsts möjlighet att konkurrera med Apoteket på dosdispenseringsmarknaden varit obefintlig. Att det funnits möjlighet att delvis finansiera dosdispenserings-tjänsten genom läkemedelsmarginal framgick redan av förfrågningsunderlaget. Det får därför förutsättas att samtliga anbudsgivare lämnat sina anbudspriser med läkemedelsmarginalen i beaktande. En prissförhandling får endast genomföras om det kan ske utan att någon grundläggande upphandlingsprincip åsidosätts. Den aktuella upphandlingen med efterföljande prissförhandling har genomförts på ett sådant sätt att Landstingen har förfarit i strid med 1 kap. 9 § LOU. Eftersom Apotekets prisjustering är otillåten enligt LOU får Apotekets justerade prisuppgift inte beaktas vid en utvärdering av anbuden. Apotekstjänst kommer att lida skada om upphandlingen inte rättas.

Landstingen yrkar att ansökan avslås och anför följande. Aktuell upphandling är ett förenklat förfarande vilket medger att den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Apotekstjänst synes dela denna uppfattning. Vid förhandlingen måste den upphandlande myndigheten ta hänsyn till den förvaltningsrättsliga principerna och agera i enlighet med dessa. Att det förenklade förfarandet tillåter prispförhandlingar har även anförts i doktrinen. Landstingen ansåg efter anbudsöppningen att det fanns utrymme för anbudsgivarna att sänka lämnade priser vid en förhandling. Redan av förfrågningsunderlaget framgick att leverantörerna i viss utsträckning kan finansiera tjänsten med den läkemedelsmarginal som erhålls från läkemedelsbolagen för de läkemedel som dosdispenseras. Att en förhandling vidtogs var således affärsmässigt betingat, vilket även vidimerats genom att åtminstone en av anbudsgivarna justerade sitt anbudspris. Samtliga anbudsgivare har således givits samma möjlighet att justera lämnade priser i enlighet med likabehandlingsprincipen. Då förhandlingen vidtogs gällde anbudssekretess vilket innebar att ingen anbudsgivare kände till något annat än uppgifterna i sitt eget anbud. Vidare har marknadssituationen ur informationssynpunkt varit neutral då även Apotekstjänst, som också deltog i den s.k. 7-klövers upphandling, fick kännedom om övriga anbudsgivares anbudspriser i samma stund som konkurrenterna. Landstingen menar att det inte varit fråga om någon prisdumpning från vinnande anbudsgivares sida. Det är ofrånkomligt att en befintlig leverantör har s.k. naturliga fördelar.

Apoteket anser inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU och hänvisar till vad Landstingen anförts samt tillägger följande. Det har inte framkommit några omständigheter som tyder på att Apotekstjänst och Apoteket vid prispförhandlingen inte har behandlats lika. Apotekstjänst har haft samma möjligheter att justera sitt anbudspris som Apoteket. En utgångspunkt vid bedömningen om prispförhandlingen har skett i enlighet med LOU är att varje upphandling är unik. Någon hänsyn till den information

som framkommit i övriga dosupphandlingar ska därför inte tas. Vid en förenklad upphandling får den upphandlande myndigheten förhandla om kontraktsvillkor, inklusive priset. Apoteket bestrider att bolaget "dumpat" priserna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlingen har påbörjats före den 1 november 2011, varför LOU i dess lydelse före detta datum är tillämplig i målet.

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.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap 5 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 2 kap. 24 § LOU avses med ett förenklat förfarande ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Av punkt 1.4 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen kommer att genomföras med förenklat förfarande enligt 15 kap 3 § LOU och att upphandlingsformen medger förhandling. Anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Enligt punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget kommer det anbud att antas som erbjuder lägst pris under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller de obligatoriska kraven på tjänsten enligt förfrågningsunderlaget.

Enligt tilldelningsbeslutet har anbudsgivarna inbjudits till Landstingen till möte för att presentera sitt företag och belysa tjänsten utförande/uppdrag utifrån sitt anbud. Anbudsgivarna gavs i samband med mötet möjlighet att förtydliga sitt anbud och att inkomma med justerat anbudspris. Apoteket har lämnat ett anbudspris på 6 kr och 20 öre och justerat anbudspris på 3kr och 90 öre. Apotekstjänst har lämnat ett anbudspris på 5 kr och 16 öre och som senare inte justerats.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som har det lägsta priset kommer att antas och att upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Vid förenklat förfarande får den upphandlande myndigheten förhandla med en eller flera anbudsgivare. Sådana förhandlingar kan avse alla avtalsvillkor inklusive pris. Förhandlingarna får dock inte innebära änd-

ringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Det har i målet inte visats annat än att Apotekstjänst och Apoteket vid möte med Landstingen haft samma förutsättningar att justera sitt anbudspris. Förhandlingen ledde till att Apoteket gav in ett nytt och lägre anbudspris. Med hänsyn till att varje upphandling är unik och förutsättningarna i varje upphandling är olika kan den omständigheten att Apoteket och Apotekstjänst har lämnat anbud i andra upphandlingar inte ligga till grund för 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.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som Apotekstjänst åberopat inte medför att Landstingen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Bertil Idarsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 uppgive 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 3109/1D LOU