



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2017-08-25

Meddelad i Stockholm

Mål nr

9360-17

9363-17

SÖKANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
181 85 Lidingö

Ombud: Advokaterna Linus Jonson och Einar Wanhainen
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms läns landsting, Upphandlingsenheten
2. Region Gotland

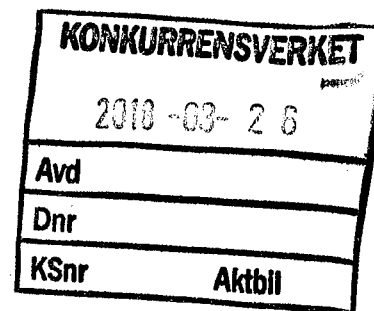
genom Stockholms läns landsting, Upphandlingsenheten
Ombud: Landstingsjurist Pär Kramming

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 870055

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

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, Svensk Dos placerade sig som nummer två och Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) som nummer tre. Upphandlingen har genomförts med tillämpning av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU)

Apotekstjänst 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 anbud från Apoteket och Svensk Dos förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Apoteket och Svensk Dos anbud uppfyller inte ska-kravet att anbudspriset ska inkludera samtliga kostnader för åtaganden enligt förfrågningsunderlaget och ska därför förkastas. Under alla förhållanden är landstingens krav när det gäller leverantörernas kostnadstäckning så otydliga att upphandlingen ska göras om. Upphandlingen innehåller vidare två obligatoriska krav som är oproportionerliga. Apotekstjänst har till följd av bristerna i förfrågningsunderlaget varit förhindrat att beräkna ett optimalt och konkurrenskraftigt anbud och bolagets möjlighet att tilldelas kontrakt har försämrats. Apotekstjänst riskerar att lida skada och upphandlingen ska därför göras om.

SLL bestrider ansökan. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna samt ÄLOU. Förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart för att en normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. De krav och villkor som framgår av förfrågningsunderlaget är proportionerliga, likabehandlande och transpa-

renta. Det har inte uppställts några hinder mot noll-eller negativa anbud och Apoteket och Svensk Dos har uppfyllt samtliga krav. Bolaget har inte lidit skada och det föreligger inte någon grund för ingripande med stöd av ÄLOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lagstiftning

Apotekstjänst har i ansökan om överprövning angett att tillämplig lagstiftning avseende nu aktuella upphandling torde vara lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

SLL har i yttrande anfört att upphandlingen påbörjades i september 2016 i samband med att Hälso- och sjukvårdsförvaltningen tilldelade SLL upphandlingsuppdraget. ÄLOU är därför tillämplig lagstiftning.

Förvaltningsrättens bedömning

Den 1 januari 2017 trädde 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 parternas argumentation och handlingarna i målet framgår inte annat än att SLL först genom att i januari 2017 publicera anbudsinvjudan har tagit en extern kontakt i syfte att anskaffa dosdispenseringstjänster. 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 också att sökanden har lidit eller kan lida skada. Det är sökanden som har att visa att skaderekvistet är uppfyllt. Eftersom Apotekstjänst inte har anfört att upphandlande myndighets tillämpning av upphävd lagstiftning medfört någon skada för sökanden saknas förutsättningar för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Utgångspunkter för prövningen i sak

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 eller enheter 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.

Kravet avseende förpackningsstorlek

Till stöd för yrkandet om att upphandlingen ska göras om anför **Apotekstjänst** att ska-kraven på periodens vara och förpackningsstorlek strider mot LOU. Förfrågningsunderlaget anger inte på ett tillräckligt tydligt och förutsebart sätt samtliga krav på leverantören och samtliga relevanta förutsättningar för utformning av anbud och tilldelning av kontrakt. Utformning av förfrågningsunderlaget är diskriminerande på så sätt att alla anbudsgivare inte fått samma möjligheter att utforma ett optimalt anbud.

Apotekstjänst anser att kravet att leverantören alltid ska använda förpackningen med lägst styckpris per doseringsenhet för ordinerade läkemedel innebär ett kringgående av förbudet att handla upp läkemedel för öppenvården. Frågan om ur vilken förpackning ett läkemedel ska expedieras vid dosdispenseringen är inte en del av den tjänst som upphandlats. Ett landsting får inte handla upp läkemedel. SLL:s krav på att få styra förpackningsstorlek är ett kringgående av förbudet att handla upp läkemedel för öppenvården. Kravet är både omotiverat och oproportionerligt samt också otydligt eftersom det inte definierar om lägsta styckpriset ska beräknas utifrån dosapotekets lägsta styckpris eller landstingens/patienternas. Har avsikten uteslutande

varit att upphandla dostjänsten är det endast krav som är relevanta för utförandet och kostnaden för denna tjänst som varit tillåtna enligt LOU. Att i strid mot detta, och till klar ekonomisk nackdel för leverantören, påtvinga leverantören det aktuella kravet i syfte att sänka upphandlande myndigheters kostnader för andra nyttigheter än den som upphandlats, är oförenligt med kravet på affärsmässighet och proportionalitet. Kravet medför också att anbudet inte är kalkylerbart eftersom det kan medföra ökade produktionskostnader. Apotekstjänst har operativa skäl att välja en viss förpackning eftersom det påverkar kostnaderna för dispenseringen. Kravets lydelse har skapat en sådan osäkerhet kring operativa kostnader samt kostnader och intäkter av läkemedel att Apotekstjänst inte har haft möjlighet att kalkylera ett korrekt pris för dostjänsten. Frågan om förpackningsval har varit föremål för invändningar i andra upphandlingar och andra landsting har bedömt att kravet inte kan ställas. Vidare anger Apotekstjänst att det saknas laga stöd för en upphandlande myndighet att i upphandlingsavtal föreskriva viten. De viten som anges i ramavtalet vid leverantörens bristande hantering av sortiment är oproportionerliga.

SLL invänder att en upphandlande myndighet är fri att formulera ska-krav i en upphandling så länge som kraven inte strider mot 4 kap.1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Vad gäller kravet om val av förpackning med lägst styckepris har Apotekstjänst vid upprepade tillfällen, utan framgång, haft samma invändning mot likalydande ska-krav i förvaltningsdomstol och ett flertal förvaltningsdomstolar har redan konstaterat att det aktuella kravet är proportionerligt och relevant för den upphandlade tjänsten. Kravet är dels en metod för kostnadsbegränsning, dels ett sätt att kontrollera att anbudsutvärderingen leder till att den leverantör som lämnat lägst pris i upphandlingen de facto kommer utföra tjänsten till lägst pris. Kravet är inte otydligt. Det måste anses klart för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör att lägsta styckepris ska beräknas utifrån apotekets köpspris. Att kravets lydelse skapar "osäkerhet kring operativa kostnader"

på så sätt att det skulle vara omöjligt för Apotekstjänst att kalkylera korrekt pris för dostjänsten tillbakavisas. Om en leverantör anser att kravet ger en viss osäkerhet så bör leverantören lägga på en riskpremie på sitt anbudspris. SLL kommer aldrig att kunna bedöma eller ta hänsyn till hur de operativa kostnaderna skiljer sig åt mellan olika leverantörer. Det är leverantörens uppgift att utifrån ställda ska-krav optimera sitt produktionsflöde så att lägsta dispenseringsavgift kan erbjudas och därmed vinna upphandlingen. Att ett enskilt företag på grund av de ställda kraven har svårigheter att kalkylera sin vinstmarginal kan i sig inte anses utgöra ett brott mot principerna i LOU. Tandvårds- och läkemedelsverket, TLV, har som svar på fråga från SLL under överprövningsprocessen uppgett att det av lagen (2002:160) om läkemedelsförmåner inte framgår viken förpackningsstorlek som kan väljas för dosdispenserade läkemedel.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten finner att det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet om förpackningsstorlek, för en branschvan leverantör som Apotekstjänst, inte är otydligt formulerat eller svårförståeligt vid kalkylering av ett strategiskt och konkurrenskraftigt anbudspris. Kravet är proportionerligt och relevant för den upphandlade tjänsten. Med hänsyn till att landstingen står för de läkemedelskostnader som överstiger högkostnadsskyddet får kravet att nyttja förpackning med lägst styckpris per doseringsenhet anses vara en berättigad metod för att hålla kostnaderna nere. Det är vidare inte visat att det uppställda kravet är att anse som ett kringgående av förbudet att handla upp läkemedel. Något skäl för ingripande enligt LOU på denna grund har således inte framkommit.

SLL har i ramavtalet reglerat vite och andra påföljder vid leverantörens avtalsbrott, däribland vite vid bristande hanteringa av sortiment. Att SLL i ett

avtalsförhållande reglerar avtalsbrott innebär inte att SLL agerat i strid med proportionalitetsprincipen i upphandlingsprocessen.

Kravet avseende periodens vara

När det gäller kravet att leverantören ska följa de lagar och regler om s.k. generiskt utbyte till periodens vara som gäller för ett öppenvårdsapotek framhåller **Apotekstjänst** att det inte ankommer på de upphandlande myndigheterna att övervaka att förmånslagen följs, det gör andra myndigheter. Någon rätt att påföra straffsanktioner i form av vite, vid sidan av de TLV påför med stöd av lag kan inte finnas. Apotekstjänst gör gällande att frågan om vilka läkemedel som ska expedieras vid dosdispenseringen är inte en del av den tjänst som upphandlats. Det är dostjänsten och inte läkemedel som upphandlats. Vilka läkemedel som levereras är ett avtal mellan Apotekstjänst och patienten och det är TLV som utövar tillsynen över läkemedelsförmånerna. Det är väl känt att systemet med periodens vara inte är anpassat till dosdispenseringsverksamhet. Kravet är varken relevant för utförandet eller kostnaden för dostjänsten och kan inte vara tillåtet enligt LOU. SLL går också utöver sin kompetens och reglerar när periodens vara måste användas vid sidan av den praxis som utbildats.

SLL uppger att syftet med en månatlig lista över periodens vara är att minska statens kostnader för läkemedel, vilket ligger i linje med det bakomliggande syftet med offentliga upphandlingar. Att kravet på att leverantörer ska följa lagar och regler om periodens vara inte skulle vara relevant för utförandet eller kostnaden för dostjänsten är inkorrekt. SLL står för samtliga kostnader för dosdispenseringstjänsten när patienten nått upp till högkostnadsskyddet om 2 200 SEK. Vilka läkemedel som levereras och till vilket pris de levereras är således högst relevant för den upphandlade tjänsten. Det finns ingen upphandlingsrättslig konflikt i att SLL ställer som avtalsvillkor att leverantör ska följa gällande lagstiftning. SLL har alla möjligheter

att vitesbelägga ett avtalsbrott innebärande att en leverantör levererar läkemedel i strid med gällande regler och lagar.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten finner att också kravet att leverantören ska följa de lagar och regler om s.k. generiskt utbyte till periodens vara är proportionerligt och relevant för den upphandlade tjänsten där bl.a. kostnadsskäl och brister i utförande, som SLL anger, motiverar ett påtryckningsmedel i avtalsförhållandet.

Att SLL i ett avtalsförhållande reglerar avtalsbrott innebär inte att SLL agerar utanför sin befogenhet vid en offentlig upphandling

Sammafattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Apotekstjänst anfört om brister i kraven avseende förpackningsstorlek och periodens vara inte visar att kraven är oproportionerliga eller står i strid med någon av de återopade grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU på ett sätt som innebär att upphandlingen ska göras om.

Apoteket och Svensk Dos anbud

Till stöd för sitt yrkande om att ingripande i form av rättelse ska ske anför **Apotekstjänst** att Apoteket och Svensk Dos anbudspriser uppenbarligen inte kan ge kostnadstäckning och anbudet uppfyller därmed inte ska-kraven och ska förkastats. Enligt anbudsinbjudan ska anbudspriset inkludera samtliga kostnader för åtaganden för dosdispenseringen och dispenseringsavgiften är avsedd att bekosta huvuddelen av anbudsgivarens kostnader för utförandet av tjänsten liksom att nyttjande av tjänsten inte ska resultera i orimligt höga läkemedelskostnader för beställaren. Om priset var under en SEK per patient och dygn skulle anbudsgivaren i detalj visa hur man skulle täcka

kostnaderna för tjänsten. SLL:s krav är under alla förhållanden så otydliga att upphandlingen ska göras om.

SLL bekräftar att kravet är att anbudspriset ska inkludera alla kostnader SLL ska betala till anbudsgivaren för utförandet av tjänsten. Skrivningen "Dispenseringsavgiften är avsedd att bekosta huvuddelen av Anbudsgivarens kostnader för utförandet av tjänsten" är inte utformad som ett ska-krav. Det finns inget obligatoriskt krav att avgiften för dosdispenserings-tjänsten ska täcka just kostnaderna för den tjänsten. Anbudsgivare är inte förbjudna att lägga lägre anbudspriser än vad som motsvarar kostnaden för utförandet av dosdispenserings-tjänsten, så länge anbudsgivaren kan motivera på vilket sätt man annars avser täcka kostnaden för utförandet av tjänsten. SLL har förtydligat i Frågor och Svar att SLL inte ställer upp något krav om vilka delar av utförandet av tjänsten som ska finansieras med dispenseringsavgiften eller vilka delar som ska finansieras genom läkemedelsmarginalen. Apoteket och Svensk Dos har kommit in med detaljerade redovisningar för hur man avser att täcka kostnaden för utförandet av tjänsten trots låga anbudspriser. Bolagens anbud har därmed uppfyllt upphandlingsunderlagets ska-krav och ska inte förkastas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten finner att varken kraven eller övrig information under avsnitt Anbudspriser i anbudsinvjudan är otydligt utformat på ett sätt som innebär att det finns grund för att besluta om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten har i dom denna dag i mål 9225-17 och 9228-17, som avser överprövning av samma upphandling, bifallit sökandens yrkande om att rättelse ska ske avseende Apotekets anbud. Apotekstjänst har därigenom delvis vunnit gehör för yrkandet om att rättelse ska ske.

Apotekstjänst har genom sin argumentation inte visat att det finns skäl för ingripande genom rättelse på grund av brister i kravuppfyllnad av obligatoriska krav i Svensk Dos anbud. Apotekstjänst har därmed inte lidit, eller riskerat att lida, skada i denna del.

Sammanfattningsvis gör förvaltningsrätten bedömningen att vad Apotekstjänst har anfört inte visar att SLL genom sitt agerande under upphandlingsförfarandet har brutit mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska avslås.

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 beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.