



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

**DOM**  
2017-05-15  
Meddelad i Jönköping

Mål nr  
1827-17

**SÖKANDE**

Apoteket AB, 556138-6532  
Box 3001  
169 03 Solna

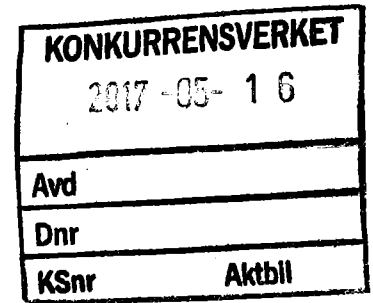
Ombud: Bolagsjurist David Wensmark  
Apoteket AB  
Box 3001  
169 03 Solna

**MOTPART**

Statens Jordbruksverk  
551 82 Jönköping

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet och beslutar att upphandling avseende läkemedel, human- och veterinärmedicin (ref nr 7.1.11- 9668/16) ska göras om.

**BAKGRUND OCH YRKANDE**

Statens Jordbruksverk (Jordbruksverket) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande avseende läkemedel, human- och veterinärmedicin (ref nr 7.1.11- 9668/16). Ett förfrågningsunderlag har publicerats, men något tilldelningsbeslut har inte fattas. Förvaltningsrätten har den 18 april 2017 interimistiskt förordnat om att Jordbruksverket tills vidare inte får ingå avtal i upphandlingen.

Dok.Id 226674

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00  
**E-post:** forvaltningsrattenijonkoping@dom.se  
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00-16:00

*Apoteket AB* (bolaget) har ansökt om överprövning. Bolaget yrkar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Bolaget anför i huvudsak följande.

#### Utvärderingsmodellen

I förfrågningsunderlaget punkt 4.6. framgår att distriktsveterinärerna ska utvärdera ett antal punkter. Punkterna är bristfälligt beskrivna och i många fall svåra att begripa. Det är inte möjligt för en anbudsgivare att förstå vad som behöver uppnås för att få full poäng. Det finns ingen ledning för vad som är enligt förväntan och vad som ger ett mervärde. Det finns inte heller någon klar och tydlig koppling till de ska-krav som Jordbruksverket ställt i upphandlingen och på vilket sätt det som utvärderas skiljer sig från ska-kraven. Utvärderingsmodellen inbjuder till godtycklig tillämpning vad gäller poängsättningen. Det innebär att utvärderingsmodellen brister i öppenhet och transparens.

#### Implementeringstid

Upphandlingsdokumentationens krav på att avtalet ska börja gälla omedelbart efter att upphandlingen vunnit laga kraft är oproportionerligt. Det finns inte tid eller möjlighet för vinnande leverantör att beställa hem de läkemedel som ska levereras från första dagen eller vidta andra åtgärder för att kunna leverera enligt avtalet, så som att lämna instruktioner till personal, sätta upp rutiner och i övrigt anpassa verksamheten för att kunna uppfylla alla krav i avtalet. Villkoret innebär att endast nuvarande leverantör som har ett upparbetat lager, personal samt support och beställningsfunktion på plats har möjlighet att lämna anbud i upphandlingen.

Bolaget har ställt frågor till Jordbruksverket kring detta som då svarat att det kommer finnas en uppstartsperiod om en månad (fråga 17). Bolaget har då frågat vad Jordbruksverket menar med uppstartsperiod och vilka skyldigheter leverantören har under uppstartsperioden och vad som händer

om leverantören inte uppfyller dessa skyldigheter (fråga 41).

Jordbruksverket har då svarat att: "Under uppstartsperioden (cirka en månad) ska leverantören säkerställa att de krav som vederbörande godkänt i upphandlingen uppfylls. Under uppstartsperioden kommer det inte att ske några konsekvenser för avvikelser av leveranser så länge det fortgår en gemensam dialog mellan distriktsveterinärerna och leverantören."

Bolaget kan inte tolka Jordbruksverkets svar på annat sätt än att samtliga krav som finns i upphandlingen gäller från första dagen och att det är upp till Jordbruksverkets godtycke om avvikelser från kraven leder till några konsekvenser för leverantören, som t.ex. vite eller skadestånd. Den uppstartsperiod som Jordbruksverket talar om är därför inget annat än en chimär och avtalet kan börja tillämpas i sin helhet från den dag som upphandlingen vinner laga kraft, vilket kan vara så kort tid som tio dagar efter det att tilldelningsbeslut meddelats eller ännu tidigare om endast ett anbud kommit in.

Implementeringstiden ska sättas i relation till vilken tjänst eller vara det är som ska köpas in. Vid enklare tjänster kan en kortare tid accepteras medan det vid komplicerade avtal kan vara nödvändigt med en betydligt längre implementeringstid. Den aktuella upphandlingen är komplicerad då den rör inköp och försäljning av läkemedel, vilket ställer mycket höga krav på anbudsgivaren. Därtill finns även krav på utbyggd supportfunktion och beställningsportal. En rimlig implementeringstid är åtminstone två månader från det att upphandlingen vunnit laga kraft.

#### Skada

Utifrån hur utvärderingsmodellen har varit uppbyggd har bolaget inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud eftersom det ur upphandlingsdokumentationen inte är möjligt att utläsa vad Jordbruksverket anser vara ett mervärde vid utvärderingen. I vart fall är

utvärderingsmodellen så bristfällig att det inte är möjligt att genomföra en utvärdering så att den uppfyller kraven på transparens enligt LOU. Bolaget har med anledning av detta lidit eller riskerat att lida skada. Vidare är det inte rimligt att bolaget ska kunna levererara enligt ramavtalet från dagen då upphandlingen vinner laga kraft. Kravet är oproportionerligt och bolaget har därför lidit skada eftersom man inte kunnat lämna anbud i upphandlingen.

*Jordbruksverket* anser att upphandlingen ska göras om.

### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

#### *Gällande regler*

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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). I rättsfallet HFD 2012 ref. 48 I anför Högsta förvaltningsdomstolen bland annat följande. En av förfarandereglerens viktigaste funktioner är att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud till den upphandlande myndigheten. Att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt

sätt innebär bland annat att de tidsramar som den upphandlande myndigheten sätter inte får vara så snäva att viss eller vissa leverantörer gynnas. Det gäller inte bara i fråga om anbudstiden utan också tiden mellan tecknandet av avtal och avtalsperiodens start. Av rättsfallet framgår vidare att domstolen vid sin bedömning bland annat tar hänsyn till de krav som ställs i förfrågningsunderlaget i fråga om förmåga och kapacitet samt att en anbudsgivare redan under anbudstiden har att vidta vissa förberedande åtgärder.

Av förfrågningsunderlaget framgår att avtalet startar när tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft. De förtydliganden som Jordbruksverket givit på frågor från bolaget avseende uppstartstid kan ges flera olika tolkningar. En upphandlande myndighet får i regel göra kompletteringar och förtydliganden som handlar om att klargöra tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget. En komplettering eller ett förtydligande får dock inte innebära en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget.

Om Jordbruksverkets förtydligande skulle tolkas som att det finns en månads uppstartsperiod innebär det i sig en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget, vilket i så fall kan utgöra grund för att upphandlingen bör göras om. Mot bakgrund av att innebörden av Jordbruksverkets förtydliganden framstår som oklar samt att syftet med kompletteringen inte är att förändra förfrågningsunderlaget på ett väsentligt sätt anser förvaltningsrätten att underlaget måste tolkas som att det inte finns någon egentlig uppstartsperiod och att avtalsstart därför är så fort tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft.

Även med beaktande av att en anbudsgivare har att vidta förberedande åtgärder under anbudstiden framstår tiden mellan avtalets tecknande och första avtalsdag som alltför kort. Förvaltningsrätten bedömer att befintlig leverantör gynnas av den korta förberedelsetiden, eftersom de redan har den

personal och organisation som krävs för uppdraget. Den korta tiden för förberedelser innebär därför ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Skada

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att Jordbruksverkets upphandling strider mot LOU och dess grundläggande principer. Frågan är då om dessa brister lett till att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Bolaget har uppgett att det inte har kunnat lämna något anbud på grund av den korta tiden mellan avtalstecknande och avtalsstart. Vad som framkommit får anses visa att bristerna i upphandlingen har lett till skada eller risk för skada för bolaget. Eftersom bristen avser det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Mot denna bakgrund saknas anledning att pröva om utformningen av aktuell utvärderingsmodell står i strid med någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller med någon annan bestämmelse i denna lag.

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

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Jacob Stjernberg har varit föredragande.



# 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. 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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.