

KLAGANDE

LäkarLeasing Sverige AB, 556678-4426
Storgatan 28
114 55 Stockholm

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson och
Jur.kand. Magnus Stålmarker
Baker & McKenzie Advokatbyrå
Box 5719
114 87 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

Ombud: Mikael Lindström
samma adress

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Östergötlands län dom den 10 mars 2009 i mål nr 726-09,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Länsrätten
- Allmänna ombudet

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

LäkarLeasing Sverige AB (bolaget) överklagar länsrättens dom och yrkar att kammarrätten ska bifalla bolagets talan i länsrätten, alternativt att kammarrätten med upphävande av länsrättens dom återförvisar målet till länsrätten för fortsatt handläggning. Bolaget vidhåller de grunder och omständigheter som har anförts i länsrätten och tillägger bland annat följande. Det föreligger enligt LOU inte förutsättningar för landstinget att genomföra någon direktupphandling. Landstinget anser att det endast har skett en omförhandling med leverantörerna inom respektive avtalsområde inom ramen för tidigare genomförd upphandling. Att någon direktupphandling i enlighet med LOU inte har skett är helt ostridigt i målet.

Dok.Id 76738

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 65 00
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-11:30
13:00-15:00

Länsrätten har gjort en felaktig rättstillämpning genom att anse att en förutsättning för överprövning av aktuella otillåtna direktupphandlingar är att något avtal inte har slutits, jfr prop. 2001/02:142, s. 102, och RÅ 2005 ref. 10. Efter den 8 oktober 2008 och fram tills idag har landstinget följaktligen vid varje beställning av läkartjänster tilldelat ett nytt kontrakt med väsentligen ändrade villkor utan att någon upphandling har skett. Landstinget frångår numera dels den fastställda rangordningen, dels tillämpas inte längre någon vitessanktion vid bristande uppfyllelse avseende leveranssäkerhet. Till följd av bolagets invändning tillämpas de väsentligen ändrade villkoren för närvarande inte inom tjänstedefinitionen invärtesmedicinsk specialist. Däremot tillämpas de ändrade villkoren inom övriga nio tjänstedefinitioner. Landstinget skickar enbart ut beställningar till de leverantörer vars anbud har antagits inom respektive tjänstedefinition. Med anledning härav får inte bolaget några beställningar från landstinget avseende nio tjänstedefinitioner där väsentligen ändrade villkor tillämpas. Bolagets skada är sålunda inte enbart hänförlig till den tjänstedefinition där bolagets anbud antogs utan även till de övriga tjänstedefinitionerna där bolaget borde ha beaktats som potentiell leverantör.

Landstinget i Östergötland motsätter sig bifall till överklagandet. Landstinget vitsordar, för det fall kammarrätten finner att den genomförda omförhandlingen av ramavtalen är att anse som en väsentlig förändring och att ny kontraktstilldelning för att få till stånd denna skulle ha skett, att upphandlingen ska göras om. Landstinget anför bland annat följande. Det finns inte något generellt förbud mot att omförhandla avtal. Den omförhandling av ramavtalen som har genomförts berör tillämpningen av avropsförfarandet och har genomförts på så sätt att endast de leverantörer som accepterat förändringen påverkas. Det av bolaget åberopade yttrandet från dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU) ger inte stöd för att här aktuell omförhandling skulle utgöra en sådan väsentlig förändring som föranleder att nytt kontrakt ska tilldelas. Någon direktupphandling har därför inte genomförts.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom. Därutöver kan följande bestämmelse nämnas.

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.

De i lagrummet angivna principerna grundar sig på de gemenskapsrättsliga grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet (transparens). Upphandlande myndighet är skyldig att beakta dessa principer oavsett om det avtal som upphandlingen i fråga avser omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på det aktuella området eller inte.

Likabehandlingsprincipen syftar, förutom allmänna rättssäkerhetsskäl, till att förhindra att en snedvriden konkurrens uppkommer. Upphandlingen får inte gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt. Hänsyn måste därvid även tas till leverantörer som valt att inte lämna anbud. Dessa kan ha valt att avstå på grund av att de inte anser sig kunna klara den upphandlande enhetens krav. Öppenhetsprincipen, eller transparensprincipen, innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet (se bl.a. prop. 2006/07:128 s. 154ff).

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

Landstinget i Östergötland inbjöd den 8 oktober 2007 till en anbudsfrågan gällande bemanningstjänster av vårdpersonal inom Landstinget i Östergötland, UC-2007-429. Av förfrågningsunderlaget framgår under

avsnitt 7 att anbudsprövningen sker i två steg; kvalificering av anbudsgivare respektive anbudsutvärdering. Anbudsprövning kommer, efter kvalificering, att ske utifrån två kriterier; kvalitet och kostnad där kvalitet viktas med 70 procent och kostnad med 30 procent. Till förfrågningsunderlaget är bifogat en kravspecifikation. Under avsnitt 6 i kravspecifikationen framgår bland annat att den/de anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt/a för landstinget med hänsyn tagen till rangordnade kriterier kommer att antas. Viktningen för kriteriet kvalitet utgör 70 procent, varvid ingående delar i detta kriteriet utgörs av leveranssäkerhet (40 procent), kontinuitet (30 procent), referenser (20 procent) och uppföljning (10 procent). När det gäller utvärdering av leveranssäkerhet kommer anbuden att utvärderas i tre steg där fem, tre respektive 0 poäng kan tilldelas anbudsgivaren. Högsta poäng ges till de anbudsgivare som skriftligen kan acceptera beställning inom fem vardagar från det att beställning erhållits.

Av förfrågningsunderlaget och sedermera ramavtalet framgår att vite ska utgå i det fall säljaren brister i något åtagande som anges i dessa, t.ex. bekräftelse inom fem dagar på gjord beställning. Landstinget har efter det att anbuden utvärderats och offentligt upphandlade ramavtal ingåtts, gått ifrån det uppställda kravet på att bekräftelse ska ske inom fem arbetsdagar och tillämpar därmed inte heller det uppställda kravet om vite som finns angivet i förfrågningsunderlaget och ramavtalet.

Frågan i målet är dels om landstinget genom att ha frångått vissa av de villkor som gällt i de tilldelade ramavtalen efter upphandlingen UC-2007-429 handlat i strid mot LOU genom otillåten direktupphandling, dels om bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av detta.

LOU reglerar förfarandet fram till tilldelningen av kontrakt. Av rättspraxis framgår dock att ett tilldelat kontrakt inte kan omförhandlas eller väsentligen ändras. En bedömning av huruvida väsentliga ändringar av det ursprungliga avtalet har vidtagits måste avgöras vid varje enskilt tillfälle.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har, efter förfrågan i ett tidigare upphandlingsärende (den 21 september 2006, Dnr 2005/0197-26), yttrat att det sannolikt rör sig om en väsentlig förändring av ett avtal om ändringen i en upphandlingssituation skulle ha påverkat en leverantörs möjlighet eller intresse av att delta i upphandlingen. Vid en ändring som bedöms medföra att ett nytt kontrakt ingåtts, ska i enlighet med principen om likabehandling hänsyn tas även till potentiella leverantörer, både de som har deltagit i upphandlingen inför det aktuella kontraktet, men också de som kan vara intresserade i och med den ändring som är aktuell. Ändringar i löpande avtal som bedöms vara marginella bör enligt NOU:s uppfattning däremot kunna göras, utan att någon ny upphandling behöver göras.

I förevarande fall har landstinget vid omförhandlingen frångått ett av sina kriterier i förfrågningsunderlaget, nämligen leveranssäkerhet. Enligt kammarrättens mening är förändringen att anse som väsentlig genom att den har påverkat bolagets möjlighet att ingå ramavtal avseende övriga tjänstedefinitioner, som bolaget lämnat anbud på. Vidare har förfarandet påverkat bolagets rangordning avseende den tjänstedefinition som bolaget ingick ramavtal om. De omförhandlade villkoren medför därför att landstinget vid varje nytt avtalstillfälle tilldelar ett nytt kontrakt med väsentligen ändrade villkor, vilket innebär att det rör sig om direktupphandlingar av ifrågavarande tjänster. Sådant upphandlingsförfarande får enligt 15 kap. 2 § andra stycket LOU användas endast om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Kammarrätten finner inte att omständigheterna i målet är sådana att direktupphandling enligt nämnda lagrum får användas. Landstingets direktupphandling utgör därför en överträdelse av LOU. Bolaget har genom de väsentligt ändrade villkoren lidit skada eller kan komma att lida skada, då bolaget kunde ha hamnat i en fördelaktigare situation vid anbudsprövningen. Överklagandet ska därför bifallas och upphandlingen göras om.

Avslutningsvis konstaterar kammarrätten att det förhållande att avtal redan föreligger utgör inte hinder för överprövning (jfr RÅ 2005 ref. 10).

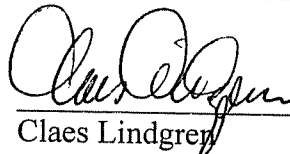
DOMSLUT

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

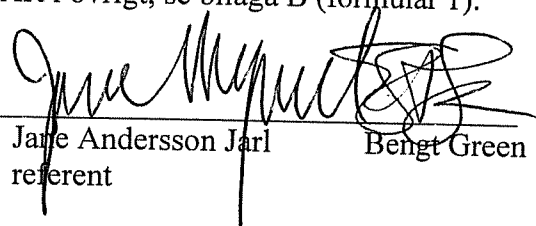
Kammarrätten förordnar, med ändring av länsrättens dom, att upphandlingen ska göras om.

Mot beslut att meddela prövningstillstånd får talan inte föras.

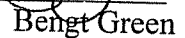
HUR MAN ÖVERKLAGAR i övrigt, se bilaga B (formulär 1).



Claes Lindgren



Jare Andersson Jarl
referent



Bengt Green

Föredragande: Sarah Svenblad

SÖKANDE

LäkarLeasing Sverige AB, 556678-4426
Storgatan 28
114 55 Stockholm

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson och
Jur.kand. Magnus Stålmarker
Baker & McKenzie Advokatbyrå
Box 5719
114 87 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Östergötland, upphandlingscentrum
581 85 Linköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

Landstinget genomförde en förenklad upphandling av bemanningstjänster avseende vårdpersonal enligt den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling i syfte att teckna ramavtal med flera leverantörer inom varje yrkeskategori (UC-2007-429). Anbudsförfrågan var daterad den 8 oktober 2007. Landstinget meddelade den 14 februari 2008 vilka anbud som antagits. Det anbud som lämnats av LäkarLeasing Sverige AB (bolaget) hade därvid antagits endast såvitt avsåg en av tio tjänstedefinitioner. Vid utvärderingen hade bolaget erhållit noll poäng avseende leveranssäkerhet medan övriga kvalificerade anbudsgivare erhållit högsta poäng. Ramavtalet mellan bolaget och landstinget trädde ikraft den 1 maj 2008. Genom dom den 30 april 2008 i mål nr 668-09 avslog länsrätten bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen.

I framställning den 9 mars 2009 yrkar bolaget att länsrätten dels ska förplikta landstinget att göra om upphandlingen, dels ska besluta att landstinget "inte får avsluta någon upphandling om bemanningstjänster avseende läkare" innan något annat har beslutats.

Dok.Id 74618

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: lansratteniostergotland@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

DOMSKÄL

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. – Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

I 16 kap. 2 § LOU anges följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. – Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Enlig 7 kap. 1 § i den numera upphävda lagen om offentlig upphandling får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. – Vid annan upphandling än direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller 2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Bolaget har anfört bl.a. följande. Landstinget har träffat avtal med ett större antal leverantörer. Därefter har landstinget omförhandlat och väsentligen förändrat tilldelade kontrakt genom att frångå det i kvalitetsutvärderingen högst viktade kriteriet avseende leveranssäkerhet och efterskänkande av

därmed sammanhängande vite vid bristande uppfyllande vad gäller leveranssäkerhet samt frångående av den fastställda rangordningen av antagna anbud. De omförhandlade och väsentligen förändrade villkoren i de tilldelade kontrakten utgör i sig en ny upphandling och ingående av nya kontrakt samt innebär dessutom i realiteten att landstinget tilldelar ett nytt kontrakt med väsentligen ändrade villkor vid varje nytt avtalstillfälle när läkartjänster beställs. Landstinget har därvid varken tillämpat den upphävda eller den gällande lagen om offentlig upphandling. Ny upphandling i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling skulle rätteligen ha genomförts. Bolaget liksom övriga potentiella anbudsgivare borde då ha beaktats. Så har emellertid inte skett utan landstinget har enbart vänt sig till de leverantörer som i tidigare upphandling tilldelats kontrakt. Detta utgör en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling och innebär otillåtna direktupphandlingar av ifrågavarande läkartjänster. Omständigheterna är inte sådana att direktupphandling får användas. Till följd av landstingets felaktiga agerande enligt ovan har bolaget lidit skada eller riskerar bolaget att lida skada. Eftersom någon upplysning enligt 1 kap. 28 § eller 9 kap. 9 § i den upphävda lagen om offentlig upphandling respektive LOU inte lämnats har tidsfristen i 7 kap. 1 § tredje stycket respektive 16 kap. 1 § tredje stycket över huvud taget inte börja löpa. Ett interimistiskt beslut är motiverat av att landstinget inte ska kunna fortsätta att genomföra otillåtna direktupphandlingar av aktuella läkartjänster genom tilldelning av nya kontrakt under den tid som målet i länsrätten pågår, till skada för bolaget och övriga potentiella anbudsgivare. Skadan för bolaget är större än den skada eller olägenhet som det interimistiska beslutet skulle medföra.

Länsrättens bedömning

Av 7 kap. 1 § i den numera upphävda lagen om offentlig upphandling följer att tiden för att överpröva upphandlingen UC-2007-429 har löpt ut.

Enligt bolagets framställning har landstinget frångått vissa av de villkor som gällt i de tilldelade kontrakten efter upphandlingen UC-2007-429 vilket innebär att ifrågavarande tjänster i princip har kommit att direktupphandlas. I den mån direktupphandling avslutats genom avtal följer av 16 kap. 1 § andra stycket LOU att en ansökan om åtgärder enligt kapitlets 2 § inte får prövas av länsrätten.


Bolaget har inte angivit någon direktupphandling som kan bli föremål för länsrättens överprövning enligt LOU, dvs. en direktupphandling som ännu inte avslutats genom avtal.

På grund av det anförda kan bolagets yrkanden inte bifallas.

DOMSLUT

Länsrätten avslår bolagets yrkanden.

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



Tomas Fredén

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.