



DOM

2012 -02- 0 1
Meddelad i Sundsvall

| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012 -02- 0 3 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Dass | Aktbil |

KLAGANDE

Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

MOTPART

Kungshusen Medicinska Aktiebolag, 556196-0641
Box 94
647 22 Mariefred

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 4 oktober 2011 i mål nr 1265-11, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klagande/ombud
- Motpart/ombud
- SKV
- Fk NFC
- Lst/Trp.st
- Fr
- KKV*

- För delgivning
- För kännedom
- För handläggning
-

Dok.Id 90782

Postadress
Box 714
851 21 Sundsvall

Besöksadress
Södra Tjänggatan 2

Telefon
060-18 66 00
E-post: kammarrattenisundsvall@dom.se
www.kammarrattenisundsvall.se

Telefax
060-18 66 52

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Västerbottens läns landsting (landstinget) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå Kungshusen Medicinska Aktiebolags (Kungshusens) ogiltighetstalan. Landstinget anför bl.a. följande.

Av skriftväxlingen i förvaltningsrätten framgår att det är ostridigt att utrustningen från Kungshusen är tekniskt oförenlig med den som landstinget anskaffat från Olympus Sverige AB (Olympus). Om landstinget skulle inhandla ett annat fabrikat skulle det behövas två videoprocessorer, två ljuskällor och sju endoskop istället för tre endoskop som nu köpts in. Utrustningen används på kvällar och helger av operationsavdelningen. För personal som handhar utrustningen i mindre utsträckning ökar risken för felaktigt handhavande om det finns utrustningar av flera fabrikat.

Kungshusen anser att kammarrätten ska avslå överklagandet. Kungshusen anför bl.a. följande.

Marknaden är idag i princip helt dominerad av en enda leverantör, Olympus. Detta medför att andra aktörer inte bereds åtkomst till denna marknad under objektiva former. Landstinget har aktivt valt att åsidosätta LOU och genomfört en direktupphandling. Man har inte bara ersatt en del uttrangerad utrustning utan också valt att utöka och nyanskaffa. Utrustningarna är inte kompatibla i sig, men man kan ha två olika processorer i samma rum eller dedicera ett rum för en typ av utrustning.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten har att pröva om det fanns grund för förvaltningsrätten att ogiltigförklara avtalet mellan landstinget och Olympus. Frågan i målet är om landstinget kan tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering med anledning av undantaget om kompletterande leveranser i 4 kap. 7 § första stycket 2 LOU.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling (prop. 2001/02:142 s. 99). Enligt EU-domstolens rättspraxis ska alla undantag från skyldigheten att annonsera offentliga upphandlingar tolkas restriktivt (se bl.a. C-26/03 Stadt Halle, punkt 46).

Om byte av leverantör skulle medföra att en upphandlande myndighet tvingas anskaffa varor, som inte är kompatibla med dem man inköpt från den ursprungliga leverantören, så är regeln tillämplig. Regeln är inte tillämplig om även andra leverantörer skulle kunna tillhandahålla samma eller åtminstone kompatibla varor. Undantagsregeln är tillämplig trots detta, om byte av leverantör skulle leda till stora svårigheter vid drift och underhåll, även om en ny leverantör skulle kunna leverera kompatibla varor (se Falk, J. Lag om offentlig upphandling en kommentar, 2 uppl. s. 180).

Kammarrätten gör följande bedömning.

Den utrustning som Kungshusen erbjuder är inte tekniskt förenlig med landstingets befintliga utrustning. Det har inte framkommit annat än att Olympus Sverige AB är den enda leverantör som tillhandahåller utrustning av märket Olympus. Ett byte av leverantör skulle således innebära att landstinget tvingades anskaffa varor som inte är kompatibla med dem som inköpts från den ursprungliga leverantören.

Den kvarvarande frågan är då om inköpet är en kompletterande leverans, från den ursprungliga leverantören, av varor som är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser.

Det saknas uppgifter om när och hur tidigare upphandling av endoskopi-utrustning har gått till. Landstinget hade tidigare fyra videoprocessorer. Det aktuella inköpet omfattade bl.a. två videoprocessorer, två ljuskällor, tre endoskop och två torkskåp. Den ena videoprocessorn är en nyanskaffning och den andra ersätter en uttrangerad processor, efter leverans finns fem videoprocessorer i bruk.

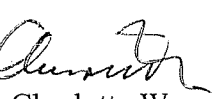
Kammarrätten finner att inköpet till ett totalt värde av 2 152 848 kr inte endast är ett utbyte eller tillägg till tidigare leveranser, utan även omfattar nyanskaffningar av videoprocessorer med tillhörande utrustning.

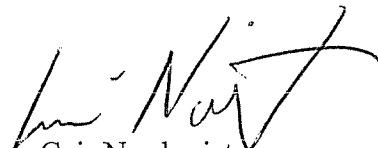
Landstinget har därmed inte visat att undantagsregeln i 4 kap. 7 § första stycket 2 LOU är tillämplig.

Mot bakgrund härav och då som förvaltningsrätten funnit någon annan grund för att inte förklara avtalet ogiltigt framkommit, ska överklagandet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent


Geir Nordqvist
tf kammarrättsassessor

Anna Fors Nilsson
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN DOM
I UMEÅ

Mål nr
1265-11 E
Kansli 1

Meddelad i
Umeå

SÖKANDE

Kungshusen Medicinska Aktiebolag, 556196-0641
Box 94
647 22 Mariefred

MOTPART

Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

SAKEN

Ogiltighetstalan enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Med bifall till Kungshusen Medicinska Aktiebolags ansökan förklarar förvaltningsrätten avtalet om köp av endoskopiutrustning, till ett belopp om 2 152 848 kr med beställningsdatum den 31 maj 2011, mellan Västerbottens läns landsting och Olympus Sverige AB ogiltigt.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Genom beställningsskrivelse den 31 maj 2011 har Västerbottens läns landsting (Landstinget) köpt endoskopiutrustning bestående av bl.a. videokolonoskop och två videogastroskop från Olympus Sverige AB (Olympus) till ett värde av totalt 2 152 848 kr exklusive mervärdesskatt.

Kungshusen Medicinska Aktiebolag (Kungshusen) ansöker om överprövning av giltigheten av avtalet mellan Landstinget och Olympus.

Dok.Id 16043

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------------|----------------------------|--|--------------|---|
| Box 193 901 05 Umeå | Nygatan 45 (Tingshuset) | 090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se | 090-13 75 88 | måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00 |

Landstinget bestrider bifall till Kungshusens ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Kungshusen anför bl.a. följande.

Endoskopiavdelningen i Skellefteå har för avsikt att införskaffa/komplettera sin utrustning för undersökningar i mag/tarmkanalen. Under en längre tid har en dialog med ansvariga för verksamheten förts. Vid möte med ansvarig läkare den 27 maj 2011 diskuterades bl.a. prisbilden för investeringen men inget blev bestämt under mötet.

Av en ren händelse fick Kungshusen sedan veta att Landstinget den 31 maj 2011 beställt utrustning från Olympus. Ansvariga på inköp uppgav att anledningen till att det gått så fort var tidsbrist. Beställningen är daterad samma dag som den offert som legat till grund för beställningen. En investering av denna dignitet måste rimligen ha funnits budgeterad under en längre tidsrymd än 24 timmar. Av beställningsunderlaget framgår också att det inte rör sig om någon direkt komplettering av befintlig utrustning utan snarare en helt ny ”vagnpark”, då Landstinget valt att köpa in två s.k. processorer (vilka utgör hjärtat i utrustningen) inklusive ljuskälla. Vidare gör man tydliga nyanskaffningar i form av spolpump, torkskåp samt CO2 insufflator.

Ordersumman 2 152 848 kr plus mervärdesskatt är nästan tio gånger det belopp vid vilket en direktupphandling kan genomföras och dessutom över tröskelvärdet. Kungshusen anser att Landstinget aktivt valt att inte tillämpa LOU och gjort sig skyldigt till en otillåten direktupphandling.

Det är väldigt förvånande att man från Landstingets sida i förvaltningsrätten helt bytt ståndpunkt från "tidsbrist" till en mer svårbegriplig förklaring om vilka konsekvenser ett eventuellt ytterligare fabrikat skulle innebära för verksamheten. Landstinget har inte genomfört någon konsekvensbedömning rörande detta inköp och vad det eventuellt skulle innebära med ett andra fabrikat.

Landstinget anför bl.a. följande.

Av Kungshusens ansökan ges intrycket att Landstinget vid mötet den 27 maj 2011 begärt in en offert från Kungshusen vilket bestrids. Kungshusen sände offerten till Landstinget på eget initiativ. Även själva mötet skedde på Kungshusens initiativ då företaget ville informera om sina utrustningar. Anledningen till det var inte den i detta mål aktuella anskaffningen utan ett led i förarbetet i den upphandling av ett ramavtal för endoskopiutrustningar som Landstinget arbetar med.

Vid Skellefteå lasarett fanns i maj 2011 fyra stycken endoskopiutrustningar. Beställningen den 31 maj 2011 omfattar två utrustningar. Av dessa utgör en ersättning av en utrangerad utrustning. Den andra är en utökning till följd av ökad verksamhet vid kirurg-/ortopedimottagningen vid lasarettet.

Landstinget vitsordar att tidsbrist nämnts som ett skäl till att anskaffningen gjordes utan annonsering. Detta är emellertid inte den egentliga anledningen till beslutet om val av upphandlingsförfarande.

Vid Skellefteå lasarett finns för närvarande endast utrustningar av fabrikkat Olympus. En anskaffning av endoskopiutrustning av annat fabrikat till lasarettet skulle medföra att Landstinget hamnar i en situation med utrustningar som är tekniskt oförenliga med befintlig utrustning. Vidare leder en sådan situation till oproportionerliga svårigheter avseende drift och under-

håll. Landstinget bestrider därför Kungshusens påstående om att det handlar om anskaffning av en helt ny ”vagnpark”.

Vid en anskaffning av utrustning från Olympus kan befintliga gastro- och koloskop användas. För det fall ytterligare ett fabrikat införs på Skellefteå lasarett skulle Landstinget behöva anskaffa fler skop till den befintliga utrustningen för att uppnå samma flexibilitet och nyttjandemöjlighet som idag. Skopen kan inte användas på andra utrustningar än det egna fabrikkatet.

Enligt 4 kap. 7 § första stycket punkten 2 LOU får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas i fall där ett byte av leverantör skulle medföra sådana omständigheter som angivits ovan. Som Landstinget anfört har det i detta fall förelegat förutsättningar för att tillämpa denna bestämmelse. Då således inte något brott mot LOU förekommit saknas skäl att förklara avtalet mellan Landstinget och Olympus ogiltigt.

När en upphandlande myndighet använder det upphandlingsförfarande som använts i denna upphandling finns det inget uppseendeväckande i att offerter och beställningen är daterade samma dag. När förhandlingarna mellan parterna är slutförda och en slutlig offert föreligger kan beställningen göras omgående.

För det fall det varit fråga om att ersätta samtliga endoskop och all kringutrustning hade förutsättningarna varit annorlunda. Det hade då varit fullt möjligt för Landstinget att gå ut i en annonserad upphandling. Omständigheterna i den nu aktuella anskaffningen medförde att detta inte var möjligt.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varukontrakt om

2. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om

a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och

b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

Ett varukontrakt enligt första stycket 2 får gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl (4 kap. 7 § första stycket punkten 2 och andra stycket LOU).

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 §, eller 15 kap. 4 eller 6 § (16 kap. 15 § första stycket punkten 1 LOU).

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

DOMSKÄL

Kungshusen menar att Landstingets köp av endoskopiutrustning med beställningsdatum den 31 maj 2011 utgör en otillåten direktupphandling var-

för man vill få en prövning av avtalets giltighet. Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet måste anses ostridigt att Landstinget inte annonserat upphandlingen. Landstinget menar dock att man i enlighet med vad som anges i 4 kap. 7 § första stycket punkten 2 LOU tillämpat förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Det är i förevarande mål fråga om en upphandling av varor vars värde överstiger tröskelvärdet, som uppgår till 1 919 771 kr. Beroende på om värdet beräknas vara över eller under tröskelvärdet gäller olika bestämmelser i LOU. Ett kontrakt vars värde överstiger tröskelvärdet får i vissa specificerade undantagsfall, bl.a. enligt vad som föreskrivs i 4 kap. 7 § LOU, upphandlas enligt reglerna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten noterar att alla undantagsbestämmelser i LOU ska tolkas restriktivt. Den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse har också bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantag görs.

Skellefteå lasarett har endast endoskopiutrustningar av märket Olympus. Landstinget anför att utrustning av annat fabrikat är tekniskt oförenlig med den befintliga utrustningen då skopen inte kan användas på andra utrustningar än det egna fabrikatet. Förvaltningsrätten noterar att Landstinget inte presterat bevis som styrker att skop av andra fabrikat är tekniskt oförenliga med befintlig utrustning. Inte heller har Landstinget presterat någon analys eller utredning av konsekvenserna av inköp av endoskopiutrustning av andra fabrikat än Olympus till Skellefteå lasarett. Beträffande vad som anförts om oproportionerliga svårigheter avseende drift och underhåll noterar förvaltningsrätten att detta argument överhuvudtaget inte utvecklats. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Landstinget i förevarande mål angett tämligen allmänt hållna skäl för sitt agerande och därmed inte kan anses ha visat att det funnits förutsättningar för att tillämpa den aktuella undantagsbestämmelsen. I sammanhanget kan även noteras att Lands-

tinget till Kungshuset inledningsvis uppgett tidsbrist som skäl för att inte annonsera upphandlingen.

På grund av det anförda, och då någon grund för att inte förklara avtalet ogiltigt enligt 16 kap. 16-17 §§ LOU inte framkommit, ska det i målet aktuella avtalet mellan Landstinget och Olympus förklaras ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1C LOU)



Hases Per Sjöblom
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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.