



KONKURRENSVERKET	
2015-06-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
181 85 Lidingö

Ombud: Advokaten Einar Wanhainen och jur.kand. Linus Jonson
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 2 april 2015 i mål nr 3219-15,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
2. Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom endast på så sätt att Apotekstjänst Sverige AB:s ansökan om överprövning av giltigheten av förlängningsavtalet den 23 januari 2015 mellan Stockholms läns landsting och Apoteket AB avslås.
3. Kammarrätten avslår yrkandet om återförvisning och överklagandet i övrigt.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 2 april 2015 avvisat Apotekstjänst Sverige AB:s ansökan om överprövning av giltigheten av förlängningsavtalet den 23 januari 2015 mellan Stockholms läns landsting och Apoteket AB. Som skäl för avgörandet anges sammanfattningsvis att avtalsförlängningen inte utgör ett nytt tilldelat kontrakt som skulle ha upphandlats i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och att avtalets giltighet därför inte kan bli föremål för överprövning.

Apotekstjänst Sverige AB yrkar i första hand att kammarrätten beslutar att avtalsförlängningen är ogiltig. I andra hand yrkas, för det fall att förvaltningsrättens avgörande inte är att anse som ett avgörande i sak, att förvaltningsrättens avvisningsbeslut upphävs och målet visas åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målet till omedelbart avgörande.

Enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU ska ett avtal förklaras ogiltigt om det har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör utan föregående annonsering när en sådan annonseringsskyldighet funnits enligt samma lag.

Av utredningen i målet framgår att Stockholms läns landsting och Apoteket AB i avtal den 23 januari 2015 har förlängt ett tidigare upphandlat tilldelningskontrakt och i samband med detta också justerat priset för den upphandlade tjänsten.


I likhet med förvaltningsrätten anser kammarrätten att den aktuella avtalsförlängningen inte innehåller sådana väsentliga förändringar att det är fråga om ett sådant kontrakt som enligt bestämmelserna i LOU skulle ha upphandlats genom ett annonserat förfarande. Något skäl att ogiltigförklara avtalet på denna grund finns därför inte.

I målet har inte kommit fram annat än att avtalet är civilrättsligt giltigt. Med hänsyn härtill och eftersom avtalet reglerar en upphandlande myndighets köp av tjänster från en leverantör, anser kammarrätten att avtalet är sådant att dess giltighet kan bli föremål för överprövning enligt 16 kap. 13 § LOU. Den omständigheten att avtalet endast är ett förlängningsavtal av ett tidigare upphandlat tilldelningskontrakt ändrar inte denna bedömning. Det finns därför inget hinder mot att sakpröva ansökan om överprövning och ansökan borde inte ha avvisats utan avslagits.

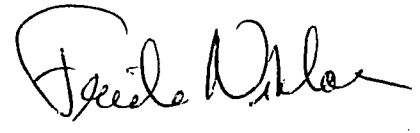
Eftersom förvaltningsrätten i sitt avgörande har gjort en fullständig prövning av om förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU är uppfyllda, finns inte skäl att återförvisa målet till förvaltningsrätten för ny prövning i denna del.


Mot bakgrund av det ovan anförda ska förvaltningsrättens avgörande ändras endast på så sätt att Apotekstjänst Sverige AB:s ansökan ska avslås.

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


Christina Westerling
kammarrättsråd
ordförande


Rolf Bohlin
kammarrättsråd


Frida Niklasson
tf assessor
referent


Anna Bruér
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2015-04-02
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3219-15

SÖKANDE

Apotekstjänst Sverige AB, 556577-4097
181 85 Lidingö

Ombud: Advokat Einar Wanhainen och Jur.kand. Linus Jonson
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Apotekstjänst Sverige AB:s ansökan om överprövning av giltigheten av förlängningsavtalet den 23 januari 2015 mellan Stockholms läns landsting och Apoteket AB.

Dok.Id 595077

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) har den 23 januari 2015 förlängt avtalet med Apoteket AB avseende dosdispensering av läkemedel för öppenvård SLL 461, med 24 månader. Förlängningen omfattar perioden den 1 februari 2016–31 januari 2018. Det nya avtalade priset är 1,47 kr per dos mot tidigare 4,04 kr per dos.

Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) ansöker om överprövning av avtals giltighet och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avtalsförlängningen är ogiltig.

SLL yrkar i första hand att Apotekstjänsts ansökan ska avvisas och i andra hand att den ska lämnas utan bifall.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Parternas argumentation

Apotekstjänst har gjort gällande att SLL:s avsikt med avtalsförlängningen uttryckligen har varit att omförhandla och anpassa priset för dostjänsten till rådande prisnivåer på dosmarknaden. Vidare har Apotekstjänst anfört bl.a. följande. Det ursprungliga avtalet mellan SLL och Apoteket medgav förvisso en tidsmässig förlängning motsvarande den som gjorts, men avtalet medger inte något stöd för den prisjustering som skett. Prisjusteringen har alltså skett utan stöd i avtalet och har kraftigt förändrat den ekonomiska jämvikten i avtalet och gett den dominerande aktören en möjlighet att förlänga sitt avtal utan att konkurrensutsättas. Prisjusteringen utgör därmed en sådan väsentlig förändring av avtalet att avtalsförlängningen är att anse som ett nytt kontrakt. Även om avtalets prisjusteringsklausul skulle anses ha inbegripit en rätt för SLL och Apoteket att diskretionärt justera avtalat pris, är den prisjustering som faktiskt kommit att ske så omfattande att den

i sig ska anses utgöra en väsentlig förändring av avtalet. Genom avtalsförlängningen har SLL och Apoteket kommit att träffa ett nytt kontrakt. En sådan anskaffning får inte göras utan ett föregående annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU:s regler. Något sådant har inte ägt rum och avtalsförlängningen ska därför enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU förklaras vara ogiltig.

SLL:s uppfattning är att upphandlingen är korrekt genomförd och att upphandlingskontraktet ingicks den 5 april 2012. Vidare har SLL anfört bl.a. följande. Avtalsförlängningen är i enlighet med det upphandlade avtalet och utgör följaktligen inte ett nytt avtal i upphandlingsjuridisk mening. Det finns inte laglig grund för att ogiltigförklara avtalet. Enligt punkt 1.6 i avtalet utgör avtalstiden perioden den 1 februari 2013–31 januari 2016 med option för Köparen – SLL om förlängning med maximalt 24 månader. I enlighet med optionen/förlängningsmöjligheten har SLL valt att förlänga avtalet. Villkoren i avtalet är desamma under förlängningsperioden, bara priserna har justerats i sänkande grad. Tiden för ansökan om överprövning samt ogiltighetstalan av 2012 års avtal är sedan länge förbi och följaktligen ska Apotekstjänsts ansökan om ogiltighet avvisas som för sent inkommen. Av EU-rättslig praxis har det framkommit att i syfte att säkerställa insyn i förfaranden och likabehandling av anbudsgivarna kan ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling om de ändrade bestämmelserna uppvisar *betydande* skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en *avsikt från parternas sida* att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. Det kan vara fråga om väsentliga ändringar om parterna förhandlar så att det blir ekonomiskt fördelaktigt för *leverantören*, men inte i den omvända situationen då det blir till nackdel för leverantören och till fördel för den upphandlande myndigheten. Ett sådant betraktelsesätt skulle stå i uppenbar strid med grunderna för LOU och kommunallagen, där det uttrycks att myndigheter ska ekonomiskt

hushålla med skattemedlen. SLL bestrider Apotekstjänsts tolkning av EU-rättspraxis, nämligen att det skulle vara tillräckligt med att den ekonomiska jämvikten förändras och att det skulle vara egalt om det är till beställarens eller leverantörens fördel. Vid EU-domstolens bedömningar av om det är fråga om betydande ändring eller inte har det varit av väsentlig betydelse att det ursprungliga kontraktet har medgett ändringar. När så varit fallet har det närmast funnits en presumtion för att justeringarna inte är att anse som betydande. Förlängningen är alltså tillåten. Det är fråga om förändring av priset till fördel för SLL, och skattebetalarna, och till nackdel för leverantören. Det har inte förelegat skyldighet att annonsera förlängningen och det saknas följaktligen legal grund för att förklara förlängningen ogiltig.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU ska rätten besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om avtalet slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU. För ogiltighet krävs i detta fall inte att den leverantör som ansökt om överprövning har lidit eller riskerat att lida skada.

Om en upphandlande myndighet förlänger ett kontrakt i enlighet med villkoren i det ursprungliga avtalet med den leverantör som ursprungligen var part, kan inte någon förändring sägas ha skett i förhållande till det ursprungliga kontraktet. I ett sådant fall rör det sig inte om tilldelning av ett nytt kontrakt och någon ny annonserad upphandling behöver inte göras. Väsentliga förändringar i ett upphandlat kontrakt medför emellertid att upphandlingsreglerna blir tillämpliga (jfr EU-domstolens dom i mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike). En ändring i ett befintligt kontrakt kan enligt EU-domstolens praxis anses vara väsentlig bl.a. om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som har tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet (jfr EU-domstolens dom i mål C-454/06 Presstext).

Av handlingarna i målet framgår att en prisjustering i avtalet mellan SLL och Apotekstjänst gjordes dagen före avtalsförlängningen. Avtalet medger detta. I punkt 3.3 som reglerar prisjustering anges bl.a. att i händelse av förlängning av avtalet får justering av avtalade priser göras en gång per år. Under punkten regleras också vad som ska gälla efter 12 månader och bl.a. om leverantörens kostnader ökar. I dokumentet Avtalsförlängning den 23 januari 2015 anges bl.a. "Avtalsförlängningen samt justerat pris bekräftas nedan."

Förvaltningsrätten bedömer att SLL och Apoteket AB inte har haft för avsikt att omförhandla väsentliga villkor i kontraktet. Det framstår i stället som att avsikten enbart varit att förlänga avtalet genom utnyttjande av den möjlighet som ges i kontraktet från april 2012. Den prisjustering som gjorts innebär enligt förvaltningsrättens bedömning inte någon väsentlig förändring av kontraktet eftersom partsställningen inte har ändrats och den ekonomiska jämvikten till följd av utnyttjandet av optionen inte har rubbats till förmån för Apoteket AB. Förvaltningsrätten anser därmed att avtalsförlängningen inte utgör ett nytt tilldelat kontrakt som skulle ha upphandlats i enlighet med LOU. Det är alltså inte ett avtal som kan bli föremål för överprövning av giltigheten. Apotekstjänsts ansökan ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Per Eskilsson

Rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.

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. 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 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.