



SÖKANDE

Aleris AB, 556068-8425
Katrinebergsbacken 35
100 74 Stockholm

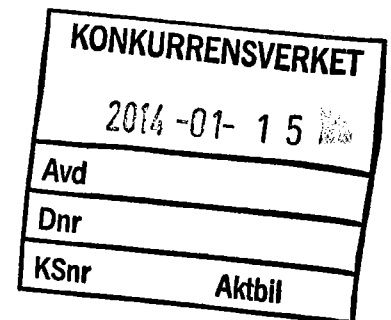
MOTPART

Landstinget Västmanland

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling, LOU



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Aleris AB:s ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstingsstyrelsen i Landstinget Västmanland (landstinget) har den 19 juni 2013 beslutat att ge landstingsdirektören i uppdrag att genomföra en riktad upphandling mot icke-vinstdrivande vårdaktörer avseende driften av en akutmottagning (beslut § 170).

Aleris AB (Aleris) yrkar att landstingsstyrelsens beslut upphävs och att landstingets riktade upphandling till icke-vinstdrivande vårdaktörer avseende drift av akutmottagning ska göras om.

Landstinget yrkar i första hand att ansökan om överprövning ska avvisas. Landstinget yrkar i andra hand att ansökan om överprövning ska ogillas.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Aleris

Aleris anför följande till stöd för sin talan. Landstinget har beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande för att möjliggöra ett avtal med en icke vinstdrivande vårdaktör avseende driften av en akutmottagning. Beslutet har nått marknaden med samma effekt som om landstingets syfte med offentliggörandet hade varit att anskaffa det som beslutet avser. Det bör därmed vara uteslutet att i nuläget betrakta beslutet som ett led i landstingets rent interna överväganden och förberedelser inför en upphandling. Beslutet om att genomföra upphandlingen som en riktad upphandling till icke-vinstdrivande vårdaktör utgör även ett val av upphandlingsförfarande, samt medför rättsverkningar för de leverantörer på marknaden som skulle kunna vara intresserade av att driva den aktuella akutmottagningen. De vårdaktörer på marknaden som är vinstdrivande utesluts därmed tydligt och ovillkorligen från att konkurrera om kontraktet avseende upphandlingen. Det är nämligen helt klart att landstinget inte kommer att beakta ett anbud från Aleris i upphandlingen. Syftet med Aleris ansökan om överprövning av upphandlingen är att Aleris ska få möjlighet att konkurrera om kontraktet i

upphandlingen. Mot bakgrund av det ovanstående är LOU tillämplig på upphandlingen.

Det av landstinget fattade beslutet medför ett förbud för vinstdrivande företag att delta i aktuell upphandling och strider således mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. En grundläggande effekt av likabehandlingsprincipen är att alla som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller byggtreprenader, det vill säga leverantörer enligt 2 kap. 11 LOU, har rätt att delta i en offentlig upphandling. Bestämmelsen gör inte någon skillnad på den som bedriver sin verksamhet i syfte att skapa vinst eller den som är icke-vinstdrivande. Redan av detta skäl strider det mot LOU att uppställa ett förbud för vinstdrivande företag att delta i upphandlingen. Av EU-domstolens avgörande i mål C-305/08 (CoNISMa-domen) framgår att det är otillåtet att förbjuda leverantörer som i huvudsak är icke vinstdrivande, såsom till exempel universitet och forskningsinstitut, från att delta i upphandlingsförfaranden. EU-domstolen uttalade att om dessa leverantörer får erbjuda vissa tjänster på marknaden, så kan de inte förbjudas att delta i upphandlingsförfaranden som avser tillhandahållande av samma tjänster. Av EU-domstolens praxis följer således att det strider mot upphandlingsreglerna att förbjuda vissa leverantörer baserat på om det bedriver sin verksamhet i syfte att skapa vinst eller om de är icke vinstdrivande.

Till följd av ovan nämnd överträdelse har Aleris lidit eller i vart fall riskerar att lida skada i den mening som avses i 16 kap. Förbudet för vinstdrivande företag att delta i upphandlingen medför att Aleris inte tillåts konkurrera om avtalet i upphandlingen och därmed inte har någon möjlighet att tilldelas uppdraget att driva den berörda akutmottagningen. Aleris skada har konkretiserats och visats, varför förvaltningsrätten bör förordna om att upphandlingen ska göras om (HFD mål nr 96-13). Landstingets förtydligande av begreppet "*icke-vinstdrivande vårdaktör*" framstår som konstruerat i efterhand och synes även brista i logik. Om avsikten med upphand-

lingen hade varit att upphandlingen skulle vara öppen för vinstdrivande vårdaktörer som utgår från sociala hänsyn i största möjliga mån, hade inte begreppet "*icke vinstdrivande vårdaktör*" förekommit i landstingsstyrelsens beslut.

Landstinget

Landstinget anför följande till stöd för sitt yrkande om att ansökan ska avisas. Det bestrids att LOU skulle vara tillämplig på det av landstinget fattade beslutet. Det bestrids vidare att något upphandlingsförfarande skulle ha påbörjats. Inte heller har Aleris lidit eller kan komma att lida skada på grund av beslutet. Att något upphandlingsförfarande ännu inte har påbörjats bekräftas även av landstingsstyrelsens förtydligande daterat till den 2 oktober 2013. Beslutet innebär endast att det har gjorts rent interna överväganden och förberedelser inom landstinget inför en upphandling. Något förfrågningsunderlag har ännu inte heller upprättats. Landstinget kan komma att först uppdra utförandet av en förstudie och det kan bli fråga om att låta intresserade aktörer delta i en så kallad request for information. Beslutet har ingen rättslig verkan på sätt som krävs för att överprövning enligt LOU skall vara möjligt. Det förhållandet att landstinget verkar under offentlighetsprincipen och att landstingsstyrelsens protokoll är tillgängligt för allmänheten innebär knappast att landstinget skulle ha tagit någon extern kontakt. Påståendena, såsom de får förstås, att landstinget skulle ha viss leverantör i åtanke och att landstinget avser att teckna kontrakt med någon leverantör inom en snar framtid är grundlösa och bestrids.

Landstinget bestrider påståendet om att landstinget skulle brustit i några förpliktelser enligt LOU och gemenskapsrätten. Landstinget bestrider att en riktad upphandling enligt LOU till icke-vinstdrivande vårdaktör på något sätt skulle strida mot LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och gemenskapsrätten. Det bestrids även att Aleris skulle ha lidit eller riskerar att lida någon skada till följd av beslutet.

Det är inte alls utrett att Aleris inte skulle kunna delta i en kommande upphandling av primärvårdsakut redan av det skälet att några kvalificeringskrav och andra krav inte har fastställts och än mindre har manifesterats i något förfrågningsunderlag. I alla händelser torde Aleris talan i förevarande mål vara överspelad genom det beslut som Landstingsstyrelsen har fattat vid sitt sammanträde den 2 oktober 2013. I Landstingsstyrelsens protokollsutdrag från den 2 oktober 2013 anges att Landstingsstyrelsen har förtydligat det tidigare beslutet och benämningen "*icke vinstdrivande vårdföretag*" respektive "*en riktad upphandling*". Landstingsstyrelsen har sålunda den 2 oktober 2013 beslutat att inför valet av förfarande i samband med upphandlingens påbörjande tydliggöra att med "*icke vinstdrivande vårdföretag*" avses ett företag som utgår från sociala hänsyn i största möjliga mån med respekt för det upphandlingsrättsliga regelverket, samt med "*riktad upphandling*" avses en sedvanlig annonsering enligt tillämpligt upphandlingsrättsligt regelverk där även icke vinstdrivande vårdföretag enligt ovan uppmuntras delta i förfarandet. Genom dessa förtydliganden av beslutet har det blivit än mer tydligt att landstinget inte skulle ha brustit i några förpliktelser enligt LOU och gemenskapsrätten.

DOMSKÄL

Tillämplig lagstiftning

Inledningsvis har rätten att ta ställning till om de beslut som landstinget fattat den 19 juni 2013 och den 2 oktober 2013 medför att bolagets talan kan prövas som en ansökan om överprövning enligt 16 kap. LOU.

I landstingsstyrelsens protokoll den 19 juni 2013 anges följande.

Landstingsstyrelsen beslutar

- att inrätta en akutmottagning på primärvårdsnivå med öppethållande dagligen 09.00-23.00 med finansiering via vårdvals-systemet, samt
- att uppdra till landstingsdirektören att genomföra en riktad upphandling enligt LOU till icke vinstdrivande vårdaktör

I landstingsstyrelsens protokoll den 2 oktober 2013 anges följande. Landstingsstyrelsen beslutar att inför valet av förfarande i samband med upphandlingens påbörjande tydliggöra att

- a) med "icke-vinstdrivande vårdföretag" avses ett företag som utgår från sociala hänsyn i största möjliga mån med respekt för det upphandlingsrättsliga regelverket

EU-domstolen uttalade följande i mål C-26/03 (Stadt-Halle punkterna 34 och 35). Varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av tjänster och som faller inom det materiella tillämpningsområdet och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning, oberoende av om aktuell åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte. Ansökan om överprövning kan inte 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.

EU-domstolens uttalanden i Stadt-Halle-domen har även befasts i svensk praxis. Av rättsfallet HFD 2013 ref. 5 framgår följande. När det är fråga om en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida som har passerat ett förberedande stadium och som kan få rättsverkningar är det möjligt för intresserade personer som på något sätt får kännedom om viljeyttringen att rikta en ansökan om överprövning mot viljeyttringen.

Enligt förvaltningsrättens mening utgör de av landstingsstyrelsen fattade besluten en viljeyttring om att uppdra till landstingsdirektören att genomföra en upphandling av akutmottagning på primärvårdsnivå. Viljeyttringen medför rättsverkningar för leverantörer på den aktuella marknaden och anses därmed ha passerat ett förberedande stadium. Besluten faller därmed inom rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde och kan alltså bli föremål för en ansökan om överprövning enligt 16 kap. LOU.

Likabehandlingsprincipen

Av 16 kap. 1 och 2 § § LOU framgår att förvaltningsrätten ska pröva en önskan om åtgärder från en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada. 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten prövar endast de omständigheter sökanden har åberopat.

Aleris anför i förevarande mål att de ovan nämnda landstingsbesluten får till följd att vinstdrivande leverantörer av vårdtjänster exkluderas från att delta i aktuell upphandling och att besluten därmed strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Landstingets inställning är att besluten inte på något sätt strider mot bestämmelserna enligt LOU eller gemenskapslagstiftningen och hänvisar till det förtydligande som framgår av det senare beslutet. I det senare beslutet anges att med "*icke vinstdrivande vårdaktör*" avses ett företag som utgår från sociala hänsyn i största möjliga mån med respekt för det upphandlingsrättsliga regelverket. Mot bakgrund av det senare beslutet menar landstinget att det i aktuell upphandling aldrig varit fråga om att kategoriskt utestänga någon grupp av privata aktörer på sätt som Aleris gör gällande.

Frågan i målet är alltså om de av landstinget fattade besluten får till följd att vinstdrivande leverantörer utesluts ur upphandlingen och om detta medför att likabehandlingsprincipen träds för när.

Av de ovan nämnda landstingsbesluten framgår att föremålet för upphandlingen avser en akutmottagning på primärvårdsnivå. Förvaltningsrätten konstaterar att föremålet för upphandlingen avser hälsovård som utgör en B-tjänst enligt bilaga 3 till nämnda lag. Enligt 1 kap. 2 § andra stycket 1 p.

LOU tillämpas 15 kap. LOU i fråga om offentlig upphandling som avser B-tjänster. Enligt 15 kap. 2 § LOU blir även 1 och 2 kap. LOU tillämpliga ifråga om upphandling av dessa tjänster.

Av förarbetena (prop. 2006/2007:128 s. 302) till 2 kap. 11 § LOU framgår att begreppet leverantör som anges i nämnda lagrum enligt en direktivkonform tolkning avser en ekonomisk aktör.

Likabehandlingsprincipen följer av 1 kap. 9 § LOU och innebär att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av upphandlingen, oberoende av sådana faktorer som inte hänför sig till genomförandet av upphandlingen som t.ex. leverantörens storlek eller organisationsform.

EU-domstolen uttalade i mål C-305/08 (CoNISMa-domen punkten 28) att det upphandlingsrättsliga regelverket inte gör någon åtskillnad mellan de anbudsgivare som huvudsakligen bedriver sin verksamhet i syfte att skapa vinst och de som inte gör det.

Förvaltningsrätten konstaterar att landstingsstyrelsens senare beslut ska förstås som ett förtydligande av det första beslutet och därmed inbegripas i bedömningen av om samtliga ekonomiska aktörer behandlats lika i upphandlingen. Förvisso antyder ordalydelsen "*icke vinstdrivande vårdaktör*" *per se* om en ekonomisk aktör som går med vinst men enligt förvaltningsrättens bedömning måste begreppets innebörd förstås i enlighet med förtydligandet i det senare beslutet. Av förtydligandet i det senare beslutet framgår att begreppet "*icke vinstdrivande vårdaktör*" ska förstås som ekonomisk aktör som utgår från sociala hänsyn i största möjliga mån med respekt för det upphandlingsrättsliga regelverket.

Med hänsyn till förtydligandet i det senare beslutet finner förvaltningsrätten att samtliga ekonomiska aktörer kan delta i aktuell upphandling under

förutsättning att de utgår från sociala hänsyn i största möjliga mån med respekt för det upphandlingsrättsliga regelverket. Möjligheten att avge anbud i aktuell upphandling är alltså oberoende av huruvida den ekonomiska aktören går med vinst eller inte. Aleris har således inte visat att landstinget i upphandlingen särbehandlat någon ekonomisk aktör. Förvaltningsrätten finner att det i stället framgår att även kommersiella aktörer har en möjlighet att delta i aktuell upphandling. Förvaltningsrätten anser därmed att landstingets beslut i detta avseende inte innebär något åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Aleris ansökan om överprövning ska därför avslås. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 9 augusti 2013 upphör därmed att gälla.

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



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 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. 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.