



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2014-10-17
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 8816-14

KONKURRENSVERKET	
2014-10-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Biomet Orthopaedics AB, 556312-5342
 Box 306
 201 23 Malmö

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind och Jur.kand. Christian Martinsson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg

MOTPART

1. Region Skåne
 291 89 Kristianstad
2. Heraeus Medical AB, 556550-5889
 Box 437
 191 24 Sollentuna

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och advokat Magnus Myrbäck
 Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
 Box 4501
 203 20 Malmö

SAKEN

Ansökan om överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förklarar samtliga avtal avseende bencement som ingåtts mellan Region Skåne och Heraeus Medical AB under perioden den 12 juni – den 19 september 2014 ogiltiga.

Dok.Id 226660

Postadress Box 4522 203 20 Malmö	Besöksadress Kalendegatan 6	Telefon 040-35 35 00	Telefax 040-97 24 90	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se				

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Biomet Orthopaedics AB, nedan Biomet, har ansökt om överprövning och därvid yrkat att samtliga avtal som ingåtts under perioden den 11 juni – 5 augusti 2014 ska ogiltigförklaras. Som grund för sin talan har Biomet anfört följande. Förvaltningsrätten har i dom den 9 juli 2014 i mål 3395-14 förklarat att samtliga avtal avseende bencement som ingåtts under tiden den 28 februari – den 11 juni 2014 mellan Region Skåne och Heraeus Medical AB (Heraeus) är ogiltiga. Förvaltningsrätten fann att varje av Biomet ingiven faktura utställd under den angivna tidsperioden visade på förekomst av enskilda avtal som ingåtts mellan Region Skåne och Heraeus. Dessa enskilda avtal utgjorde enligt förvaltningsrätten otillåtna direktupphandlingar. Förvaltningsrätten konstaterade vidare att de aktuella fakturorna visade att Regionens inköp överstiger gränsen för direktupphandling i LOU. Biomet har därefter tagit del av nya fakturor avseende bencement från Heraeus till Region Skåne. Under perioden den 11 juni – den 5 augusti 2014 har Heraeus utställt 20 nya fakturor. Det noteras att nio av dessa fakturor har ställts ut efter den tidpunkt då förvaltningsrätten meddelade dom i mål 3395-14. Det står således klart att Region Skåne fullkomligt nonchalerar förvaltningsrättens dom i nyssnämnt mål. Samtliga nya fakturor adderar de inköp som redan konstaterats överstiga gränsen för direktupphandling. Regionen har under tiden från förvaltningsrättens dom inte genomfört någon ny upphandling i enlighet med LOU. Vidare har Biomet tagit del av nya fakturor som Heraeus ställt ut till Region Skåne under perioden den 5 augusti – den 19 september 2014 och som representerar tillkommande sk. ad-hocavtal och som omfattas av Biomets talan i målet. Regionen har under perioden den 11 juni – den 19 september 2014 således anskaffat varor avseende bencement om drygt 578 000 kr exklusive mervärdesskatt. Anskaffning till värden överstigande den direktupphandlingsgräns som trädde ikraft den 1 juli 2014 har således ägt rum under året. Frågan om vilken direktupphandlingsgräns som i sig skulle vara gällande på Region Skånes anskaffningar är därför ointressant. Beträffande den intresseavvägning som

förvaltningsrätten har att göra kan noteras att förvaltningsrätten i domen i mål 3395-14 konstaterat att något allmänintresse eller annat skäl för att avstå från att ogiltigförklara avtalen inte har framkommit.

Region Skåne har bestritt bifall till ansökan och yrkat i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att målet ska avskrivras från vidare handläggning. Region Skåne har anfört följande. I och med förvaltningsrättens dom den 9 juli 2014 är de avtal som Region Skåne och Heraeus ingått under perioden den 28 februari – 11 juni 2014 ogiltiga, vilket medför att prestationerna ska återgå. De aktuella prestationerna har återgått. Effekten av att prestationerna återgått är att det inte genomförts några köp mellan Region Skåne och Heraeus avseende bencement under den aktuella perioden. De fakturor som Biomet lämnat in i samband med ansökan om överprövning avser perioden den 11 juni – den 5 augusti 2014 och beloppet på de aktuella fakturorna understiger direktupphandlingsgränsen. Köpen som ligger bakom de aktuella fakturorna är därmed i enlighet med 15 kap. 3 § LOU tillåtna direktupphandlingar. Region Skåne har under det aktuella räkenskapsåret inte genomfört några ytterligare giltiga köp av bencement från Heraeus. Region Skåne har således i avvaktan på den påbörjade upphandlingen av bencement genomfört tillåtna direktupphandlingar av bencement. Biomets ansökan bör därmed lämnas utan bifall. Det kan vidare konstateras att det inte finns några gällande avtal på det sätt som Biomet påstår. Tolkar man bestämmelsen i LOU mot bakgrund av ordalydelsen och syftet med EU-direktivet krävs det för att ett avtal ska kunna förklaras ogiltigt att det föreligger ett gällande avtal. I förevarande mål finns inga gällande avtal mellan Region Skåne och Heraeus avseende bencement. Det finns därmed inte något avtal att ogiltigförklara, varför ansökan ska avskrivras.

Heraeus Medical AB har anfört följande. Det görs i första hand gällande att Biomet inte visat att de i 16 kap. 13 § LOU angivna förutsättningarna för att besluta om ogiltighet är för handen och i andra hand att förutsätt-

ningarna i 16 kap. 14 § LOU för att besluta att avtal ändå ska bestå är för handen. De fakturor som Biomet gett in i målet understiger direktupphandlingsgränsen. Biomet har inte förklarat varför 16 kap. 13 § LOU ändå skulle vara tillämplig. Heraeus Medical AB ansluter sig i denna del i övrigt till vad Region Skåne har anfört. Vidare följer av 16 kap. 14 § LOU att rätten ska besluta att även avtal över direktupphandlingsgränsen ska bestå om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det ankommer på domstolen att göra en skälig avvägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas. Det patientlidande och de risker för patienters liv och hälsa som skulle bli följderna av att Region Skåne tvingas ställa in planerade och akuta operationer p.g.a. brist på bencement står inte i rimlig proportion till Biomets intresse av ogiltigförklaring, särskilt som Region Skåne har påbörjat en annonserad upphandling. Ett sådant agerande skulle vidare strida mot Regionens skyldigheter enligt hälso- och sjukvårdslagen. Vidare bör vid domstolens intresseavvägning beaktas att Region Skåne via sjukhusen i Hässleholm och Ystad upphandlar bencement från Biomet på motsvarande sätt som de inköp Biomet kritiserar i målet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 16 kap. 13 § LOU anges bl.a. att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, eller 15 kap. 4 §. I ett sådant fall uppställs inte något skaderekvisit.

Vidare ska rätten enligt 16 kap. 14 § LOU besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bestämmelsen ska tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Med tvingande hänsyn till ett allmänintresse avses bl.a. allmän säkerhet och skydd för människors liv och hälsa (prop. 2009/10:180

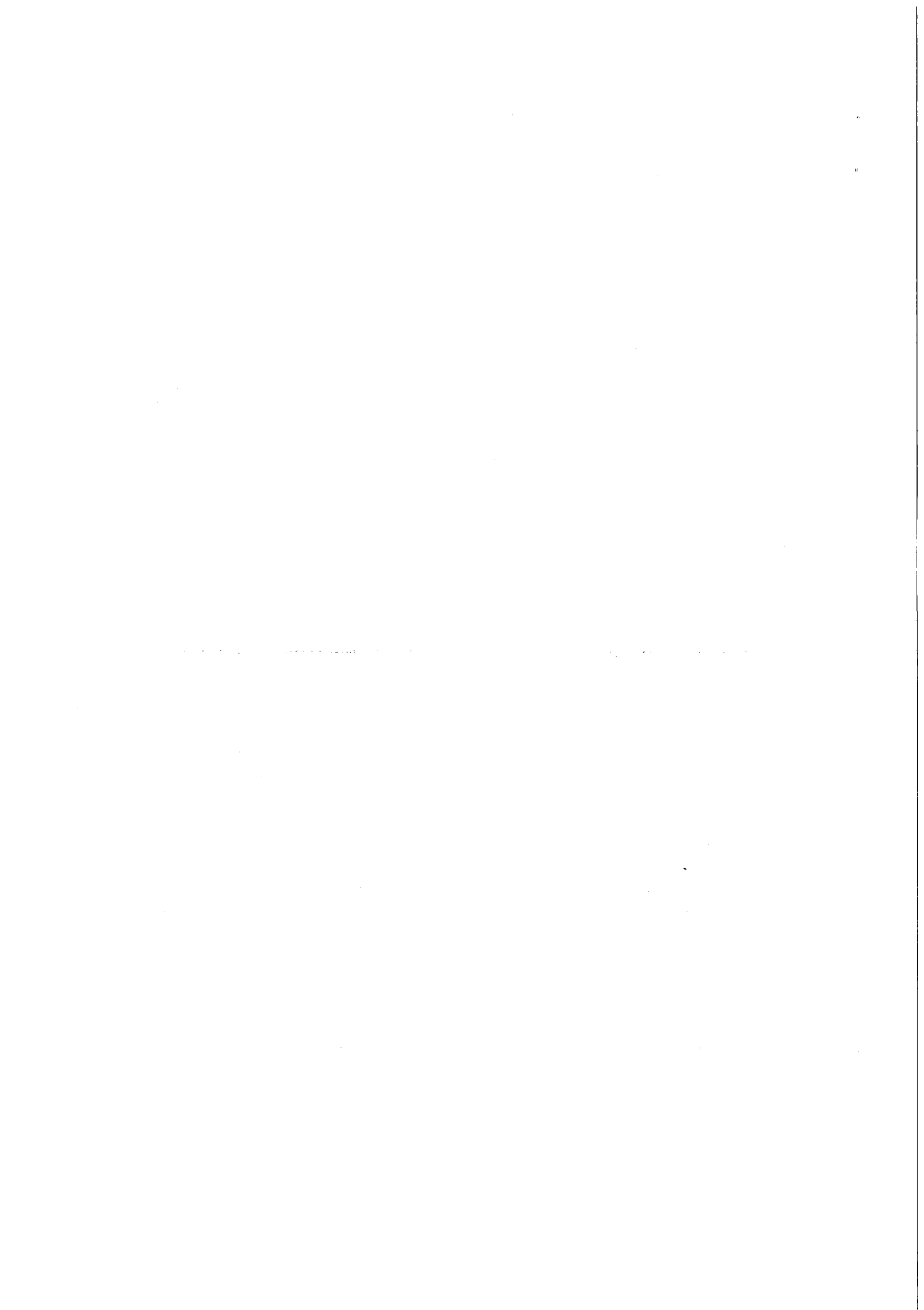
s 138 och 362). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en undantagssituation föreligger.

Förvaltningsrätten har i dom den 9 juli 2014 i mål 33 95-14 funnit att av Region Skåne löpande inköp av bencement fr.o.m. den 28 februari 2014 t.o.m. den 11 juni 2014 är att betrakta som direktupphandlingar och att respektive faktura visar förekomsten av de ingångna avtalen. Förvaltningsrätten finner att det inte framkommit anledning till annan bedömning gällande de återopade inköpen i nu aktuellt mål. Såvitt framgår av utredningen i målet har Region Skåne ett fortlöpande behov av bencement vilket också kunnat förutses. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att Region Skånes inköp av bencement överstiger den gräns som uppställs för direktupphandling i LOU. Härvid bör även beaktas det samlade värdet av de i mål 3395-14 prövade inköpen. Förvaltningsrätten finner således att inköpen skulle ha föregåtts av annonsering i enlighet med LOU. Region Skåne har inte visat att det har funnits förutsättningar för att direktupphandla enligt något av de undantagsförfarande som inte kräver föregående annonsering. Även de fakturor som ingivits efter gjord ansökan om överprövning får anses omfattas av Biomets talan i målet. Det finns därmed förutsättningar för rätten att ogiltigförklara samtliga aktuella avtal. Enligt förvaltningsrätten är det i målet inte visat att det föreligger skäl för att låta avtalen bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Samtliga avtal avseende bencement som ingåtts mellan Region Skåne och Heraeus Medical AB under perioden den 12 juni – den 19 september 2014 ska således förklaras ogiltiga.

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



Jan Bratt





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

